

## 序

本論文は、過失犯の共同正犯について、比較法的観点から、過失犯の共同正犯に関する日韓両国の実務と理論の傾向を検討するものである。

両国の実務と理論を比較法的観点から検討する理由は、以下のとおりである。刑法の解釈論を正しく展開するためには、その対象となる刑法典がどのような理論的基礎の下、どのような過程を経て完成されたのかをまず考察しなければならないと考えられる。このような観点から韓国刑法の制定過程を検討すると、韓国刑法典は日本の改正刑法仮案など、日本法の強い影響を受けて成立したことが伺われる。すなわち、左派と右派の激しい理念対立、朝鮮戦争の勃発などの不安定な国内の政情、刑法制定に必要なインフラ不足の中で行われた刑法典の制定作業は順調ではなく、刑法典の制定に多大な時間をかけることはできなかった。こうしたことから、韓国刑法の制定作業は、自然の流れとして外国法の強い影響を受けつつ進められることとなり、その際に日本における法理論が大きな影響を及ぼしたのである。

こうしたことから、日本の刑法学の議論は韓国刑法学にとって非常に示唆に富むものとなっており、韓国刑法においては、日韓の比較研究が実り豊かな成果をもたらさうる基盤が確固として存在しているといえるのである。

韓国の判例において過失犯の共同正犯が検討される事案は、建物の建設関連現場、大規模のコンサート現場など、多くの行為者がそれぞれ異なる領域で、それぞれの注意義務を違反しているという事案である。そのような事案においては、単独の注意義務違反行為によって結果が生ずることは殆どなく、各段階

の過失が複合的に影響を与え合って結果に至ることが一般的である。そのような場合において、各行為者の個々の過失行為と結果発生との直接的な因果関係を立証することは困難であるため、各行為者を未遂としなければならず、結局関与者全員を無罪にせざるを得ない。そこで、このような現代的課題を解決するために、大法院は過失犯の共同正犯を認めることで処罰の妥当性を確保してきた。すなわち、このような大規模過失事故においてまさに、過失犯の共同正犯を議論する実践的な意義と実益が認められるのである。

しかし、このような判例の立場に対して、過失犯の共同正犯を否定する通説は罪刑法定主義違反等の強い批判を続けてきた。このような通説の態度は果たして、正しいものであろうか。日本では、最高裁判所が過失犯の共同正犯を認め、学説においても過失犯の共同正犯を認める見解が有力に主張されている。そこで、本論文は、過失犯の共同正犯を日韓両国における比較法的視点から考察し、肯定説に立つ韓国判例を分析したうえで、そこに表れた過失犯の共同正犯概念の内実を明らかにすることとする。第1編で指摘するとおり、日本刑法と韓国刑法は緊密な関係にあり、両国の比較研究は両国の理論・実務において有意義である。以下では、過失犯の共同正犯の分析を通じて、大規模事故における対応等にみられる両国の理論と実務の共通点と相違点を明らかにしたいと考えている。

# 第1編

## 比較法的視点からみた韓国の刑法と刑法学の発展

——日本の刑法と刑法学との関係を中心として——

### 第1章 はじめに

本編は、戦後、韓国刑法典が制定されるまでの過程を検討することにより日本刑法と韓国刑法の関係を概観し、刑法の日韓比較研究における基礎資料を提供することを目的とする。この作業は、本論文を貫く、過失犯の共同正犯論に関する日韓比較研究の意義と必要性を明らかとするものでもある。

第二次世界大戦前の韓国（当時の朝鮮半島）においては、朝鮮総督府の制令<sup>1</sup>第11号により<sup>2</sup>、日本の刑法と刑法施行令及び刑事訴訟法、爆発物取締規則等、

---

<sup>1</sup> 朝鮮総督府が独自に定めた朝鮮における法形式を「制令」という。朝鮮総督府は制令第11号「朝鮮刑事令」を公布し、朝鮮において内地の刑法や刑事訴訟法などを「依用」（法令内容の施行をいう）することとした。この点については、新井勉「朝鮮総督府の答刑について：刑罰史的一幕」日本法学第80巻第2号（日本大学法学部創設125周年記念号）（2014）261頁を参照。朝鮮総督府と、内地と外地に関しては、水野直樹「戦時期の植民地支配と『内外地行政一元化』」京都大学人文学報第79巻（1997）77頁以下を参照。当時の朝鮮半島に依用された刑法は1907年の日本刑法であった。

<sup>2</sup> 朝鮮刑事令制令第11号は、次のように定めていた。

刑事に関する事項は、本令其の他の法令に特別の規定ある場合を除くの外、左の法律に依る。

- 1 刑法
- 2 刑法施行法
- 3 爆発物取締規則

その数にして12にのぼる日本の刑事関連法が施行されていた（この時期の刑法を、以下においては「旧韓国刑法<sup>3</sup>」という）。

戦後、1945年9月から2年11か月間の米軍政期には、米軍政法令第21号により、旧韓国刑法が引き続き適用された。このような状況に対する反省と批判の声から韓国独自の刑法典を早急に制定しようとする動きが始まった。韓国政府は基本六法の草案を作成するために、大統領直属下に法制編纂委員会を構成した。しかし、左派と右派の激しい理念対立、朝鮮戦争の勃発などの不安定な国内の政情、さらに刑法制定に必要なインフラが不足する中で行われた刑法典の制定作業は順調ではなかった。当時とはとにかく迅速に刑法制定作業を進めることが至上命題とされたため、刑法典の制定に多大な時間をかけることはできなかった。そのため、韓国刑法の制定作業は、自然の流れとして外国法の強い影響を受けつつ進められることとなった<sup>4</sup>。刑法草案の理由説明書の立案の根本原則

- 
- 4 明治二十二年法律第三十四号
  - 5 通貨及証券模造取締法
  - 6 明治三十八年法律第六十六号
  - 7 印紙犯罪処罰法
  - 8 明治二十三年法律第一百号
  - 9 海底電信線保護万国聯合条約罰則
  - 10 刑事訴訟法
  - 11 普通治罪法陸軍治罪法海軍治罪法交渉ノ件処分法
  - 12 外国裁判所ノ囑託ニ因ル共助法

<sup>3</sup> 旧韓国法令に関する詳細は、한국법제연구원 『조선총독부 법령사료(2): 지배구조·입법』 (1996) 24-28頁, 한상범 「한국법의 계보와 사상: 일본법과 한국법」 아·태공법연구 (2000) 第8輯13頁を参照。

<sup>4</sup> 최종고 「근대형법의 성립과 방법론—해방 후 한국전쟁 직후까지의 한국형법학의 방법론



に関する説明においても、「世界各国の現行法，刑法改正草案，特にドイツ刑法及びドイツ1930年刑法草案の相当部分を参考にし，制定歴史が新しく国情が我が国と類似している中国刑法を斟酌した」とされており，韓国刑法典における外国法の影響力を明らかにしていた。なお，刑法草案の理由説明書には明示されていないが，ここにいう「外国法」の中に日本の改正刑法仮案（以下においては，「改正刑法仮案」という。）が含まれていることについて異論はないであろう<sup>5</sup>。

本編においては，まず，韓国刑法典の制定過程において改正刑法仮案からはたしてどのような影響を受けたのかに関する検討を行うこととする。そこでは，韓国刑法典の制定過程における国会記録や各規定の制定に対する当時の評価資料を検討することが考えられる。また，韓国刑法規定の内容，そして刑法典全体の構成と，改正刑法仮案規定のそれとを比較検討することにより両者の関連性を把握することができよう。ここで，韓国刑法典が改正刑法仮案の強い影響

---

一」 일감법학第28号（2013）46－49頁， 최준혁 「독일법이 한국에 미친 영향—한국형법의 역사와 정체성—」 인하대학교 법학연구第14輯第3号（2011）195頁。

<sup>5</sup> 韓国刑法の制定過程時，日本改正刑法仮案が強く影響したという認識に関しては，学説上ほぼ見解が一致している。この点については， 류전철 「韓国刑法に及ぼした日本刑法の影響」 전남대학법학논총第29卷第2号（2009）237頁以下， 오영근 「일본개정형법가안이 제정형법에 미친 영향과 현행 형법해석론의 문제점」 형사법연구第20号（2003）110頁， 조상제 「한국형법개정의 역사와 전망」 비교형사법연구第11卷第2号（2009）311頁， 전지연 「형법개정의 역사와 전망」 비교형사법연구第14号第2号（2012）119頁， 차용석 「한국형법 및 형법학의 정체성을 찾아서」 형사법연구第18号（2002）4頁以下， 허일태 「제정형법의 기본사상과 기초이론」 형사법연구第20号（2003）83頁， 최중식 「韓國刑法の歴史的展開と課題（一）」九州大学法政研究第74卷第3号（2008）468頁などを参照。

下で形成されたというのであれば、改正刑法仮案の立法理由や当時の日本刑法学界の議論などは、韓国刑法典の諸規定を解釈するにあたり、一つの重要な参考資料としての意味をもつといえよう。

次に、韓国刑法の制定後、現在に至るまでの韓国刑法と刑法学の展開過程における、日本の刑法と刑法学との関係について考察することとする。1953年、韓国の刑法典が制定されたが、当時の諸般の事情により、韓国の刑法学は十分な議論を展開させることがほとんど出来なかった。そのため、初期の韓国刑法学は日本の刑事判例や文献に多く依存したとみられる。しかし、1970年以降、ドイツ刑法理論が多く紹介されるようになり、ドイツ刑法学を中心とする理論展開がなされた。その後、1990年後半には、ドイツ刑法学偏向の韓国刑法学界の状況に対する自省の動きが増えてきたのである。このように、韓国の刑法学は、日本の刑法学、そして次にドイツ刑法学を紹介・導入した時期を経て、韓国独自の刑法学の定立へとその重心を移した<sup>6</sup>。この過程において、韓国に紹

---

<sup>6</sup> 韓国刑法が制定されて以来、多数の刑法理論が登場し、変化し、消滅してきた。このような刑法理論の発展時期を把握するにあたっては、その時期と根拠をめぐりさまざまな見解がある。まず、戦後から1956年までを混乱期、1957年から1967年までを整頓期、1968年から1977年までを発動期、1978年から1988年までを中興期と説明する（김종원 「한국형법 40년: 한국형법학의 정립을 바라며」 전북대학법학연구第16輯〔1989〕1頁以下）見解があり、1953年から1970年の中盤までを第1世代の刑法学、1970年後半から1980年までを第2世代の刑法学、1990年以降を第3世代刑法学と分類する見解（배중대 「기대가능성 이론과 우리형법 50년」 형사법연구第18号〔2002〕81頁）もある。これに対して、1990年代を前期と後期にわけ、刑法制定後から1970年代後半までを第1期刑法学、1970年後半から1990年代中盤までを第2期刑法学、1990年代後半から現在までを第3期刑法学と分類する見解（오영근 「한국 형법이론의 발전동향」 비교형사법연구第8巻第1号〔2006〕123頁）がある。

特に、韓国刑法学の理論動向を①制定後から1970年代後半まで、②1990年代中盤まで、③

介された日本の刑法学がどのように韓国における議論に反映し、またどのように変化してきたのかを概観することとしたい。とはいえ、このテーマは大きく、また複雑であるため、とりわけ歴史的発展の背景とその概要を示すことと、いくつかの論点（とりわけ因果関係論）に限定した形で両国の刑法（学）の關係の基本的特色を明らかにすることにする。

## 第2章 韓国刑法典の制定過程の概観

### 第1節 戦後、韓国刑法典制定前までの状況

第二次世界大戦後の韓国においては、1945年9月から1948年8月までの2年11ヶ月間、軍事・行政・法令制定のすべての面にわたり米軍の直接統治が実施された。当時の米軍政は、戦前の支配階層の退去による治安行政の空白と無政府状況による社会的な混乱の恐れを防ぐために、戦前の行政機関の機能を維持させる<sup>7</sup>一方、可能な限り韓国内に現存していた実体法と手続法を存続させようとする基本的立場をとり、ひとまず戦前に適用されていた旧韓国刑法の効力を

---

1990年代後半から現在までに分け説明する見解は、①1970年代後半までを日本刑法学の影響が強かった時期、②1980年後半から1990年中盤までをドイツ刑法学への偏向が見られた時期、③1990年代後半からを韓国刑法学の自主性を模索する時期と特徴づけ、これを説明している。韓国刑法学の発展時期をどのように分類するのかについて、確立された基準があるのではないが、韓国刑法の制定後、日本刑法の影響を受けた時期があり、その後ドイツ刑法の影響を受けた時期があったという大きな流れに関しては大体見解が一致している。

<sup>7</sup> 米軍政は、従来の朝鮮総督府を母体とし、徐々に (gradual) 注意深く (carefully) 改編していく政策を採っていた。そこで、米軍政は朝鮮総督府の温存と官僚の留任を宣布し、特別な問題がない限り再任用したのである (김창윤 「미군정기 형사사법정책 연구」 한국공안행정학회보第43号 [2011] 71頁)。

継続させた<sup>8</sup>。1948年7月17日、建国憲法が公布され、1948年8月、大韓民国政府が樹立された。建国憲法100条<sup>9</sup>は、法の空白を防ぐために<sup>10</sup>、従来の法令に関して「現行法令は、本憲法に抵触しない限り効力を有する」と規定しており、これにより、旧韓国刑法の効力が持続することとなった。このように、韓国は戦後においても韓国刑法典が制定される1953年まで日本の刑法の影響を受けていたのである。

## 第2節 韓国刑法典の制定過程

刑法の制定作業は、すでに米軍政のときから始まっていた。米軍政当局は、最初は直接に統治を実施しながら、徐々に韓国政府に統治権を移譲するという

---

<sup>8</sup> 米軍政法令第21号「Until further ordered, and except as previously repealed or abolished, all laws which were in force, regulations, orders, notices or other documents issued by any former government of Korea having the force of law on 9 August 1945 will continue in full force and effect until repealed by express order of the Military Government of Korea. …省略… (全ての法律, 若しくは朝鮮旧政府が発布し法律的効力を有した規則, 命令, 告示, 其の他の文書として1945年8月9日現在実行されているものは, 其の間, すでに廃止されたものを除き, 朝鮮軍政府の特殊命令により廃止させるまでには全効力を有してこれを存続させる…以下省略…)」とし, 法律及び諸命令の存続を明らかにしていた (英文の訳は, 韓国法制研究会『米軍政法令総覧:国文版』〔1971〕139頁)。

<sup>9</sup> 制定憲法100条については, 김창록 「1948년憲法제100조」 부산대학교법학연구第39卷第1号 (1998) 477頁以下を参照。

<sup>10</sup> 建国憲法を立案した俞鎮午<sup>ユ・ジンオ</sup>は, この条文について, 「憲法実施と同時に既存法令が全部無効になると, 法的真空状態が生じて, 全ての秩序が收拾できない混乱に陥る恐れがあるためやむを得ない経過的措置であり…特に規定したのである」と説明している (俞鎮午『新稿憲法解義』〔1953〕289頁)。

立場をとっていた<sup>11</sup>。こうしたことを踏まえ米軍政下では「朝鮮法制編纂委員会<sup>12</sup>」が設けられた。同編纂委員会が作成した「刑法要綱<sup>13</sup>」は、法政<sup>14</sup>第3巻第7号において公表された。1948年、大韓民国政府の樹立を受けて、刑法要綱の産婆役であった米軍政下の「法制編纂委員会」は自然解散した。そのため、刑法典の制定作業は、大統領令第4号に基づいて構成された法典編纂委員<sup>15</sup>が

---

<sup>11</sup> 신동운 「제정형법의 성립경위」 형사법연구第20号 (2003) 12頁。

<sup>12</sup> 法制編纂委員会は、12の分科委員会で構成されていた（法制編纂委員会の分科委員会の構成表は、法政第2巻第22号〔1947・11〕36頁を参照）。刑法分科委員会は、法院側からの ヤン・ウォンイル 梁元一、イ・チョンサン 李天祥、キム・チェンヨン 金讚泳の3人と、検察側からの オム・サンソプ 嚴祥燮、ジョ・ジェチョン 曹在千の2人、そして、弁護士及びその他の側からは キム・グァンガン 金光根に委嘱された。刑法総則は梁元一委員、刑法各則は嚴祥燮委員が「刑法起草要綱」を起草し、刑法分科委員会により順次議決した。신동운 (編) 『형법제・개정자료집』 (2009)6頁以下を参照。

<sup>13</sup> 「刑法要綱」には、刑法各則編に関する起草方針は詳細に記載されている反面、刑法総則編については、各項目の表題のみが羅列され、条文の起草方針に関する具体的な言及はない。刑法要綱の総則に関する起草方針は、嚴祥燮が発表した法政第3巻第9号の「刑法要綱解説(一)」(1948・9)18頁以下及び法政第3巻10号(1948・10)12頁以下の「刑法要綱解説(二)」において間接的に提示された。

<sup>14</sup> 「法政」は、1946年9月に創刊され、1970年10月に廃刊された法律・行政の専門誌である。戦後、法律の専門家によって韓国語で書かれた論文や法制史的意味を持っている多様な史料が掲載されていることから当時の研究において重要な参考資料となる(신동운 『효당엄상섭 형법논집』 [2003] 322頁)。

<sup>15</sup> 法典編纂委員の構成員は、委員長1名、副委員長2名、委員は50名以内で構成されていた。当時の委員長は金炳魯であった。委員会は法律ごとに分科会が設けられていた。刑法分野の起草委員は、刑法総則は梁元一が、刑法各則は嚴祥燮がそれぞれ担当していた。一般委員としては、金炳魯、李仁、盧鎮高、金讚英、申泰益などがいる。しかし、刑法総則の担当をしていた梁元一委員の逝去により、金炳魯委員が刑法総則の起草を担当することになった(신동운・前掲注(12) 32-33頁を参照)。

引き続き担当することとなった。法典編纂委員会は、1948年12月11日に「刑法要綱」を確定し、これに基づき<sup>16</sup>、1949年の11月12日、397条（附則13条）から成る「刑法草案」を完成した<sup>17</sup>。「刑法草案」は、「刑法草案理由説明書<sup>18</sup>」とともに政府に提出された。1951年4月13日、政府は、国务会議の議決を経て、「刑法案国会提出の件」というタイトルで刑法典の政府草案（以下、政府草案という<sup>19</sup>）を国会の審議に付した。政府草案は、法典編纂委員会の「刑法草案」に、姦通罪の双罰規定を加えたものであった<sup>20</sup>。政府草案は、国会の法制司法

---

<sup>16</sup> 法制編纂委員会における刑法要綱の意義について、張承斗は「本要綱も新たな検討が行われる運命である。しかし、前起草委員がそのまま継続任命され、また本要綱は過去の苦心努力の結晶であるので、将来においてもこれを尊重しなければならないため、結局将来において誕生する要綱も本要綱とさほど姿を変えることはないであろう」と評価した（張承斗「刑法要綱」을論함(一)」法政第4巻第1号〔1948〕39頁）。一方、米軍政下の法制編纂委員会が作成した「刑法要綱」を大韓民国建国後の法典委員会がどのように発展させたのかに関して、刑法草案理由説明書には、「…その後、我が民国が樹立されたので改めて大統領令4281年〔西暦1948年：筆者注〕第4号による「法典編纂委員会職制」が公布され、軍政時代の法制編纂委員会の事業を継承して、また、前期の両委員が起草を分担して、要綱を法典編纂委員会総会に提出して4回にわたり再検討を行い、檀紀4281年12月11日に全てを通過させたが…」と述べられている。

<sup>17</sup> 法典編纂委員会の刑法草案作成過程における議論に関する詳しい資料はまだ発見されていないため、刑法草案の審議過程での議論は未だに明らかではない（신동운・前掲注（11）23頁）。

<sup>18</sup> 「刑法草案理由説明書」については、本編第3章第1節において詳しく検討する。

<sup>19</sup> 「政府草案」の条文は、신동운・前掲注（12）41頁以下に詳細に紹介されている。

<sup>20</sup> 政府の提出した政府草案には、法典編纂委員会が作成した刑法草案の印刷物に、細い別紙に姦通罪の条文を記載し、重婚罪（法典編纂委員会の刑法草案の258条）条文の上段に貼り付け、余白に「以下の条文は順次的に条文番号が増える」と付記された。そして、手書きでその後の条文番号を訂正し作成されたものである（신동운・前掲注（11）29頁）。

委員会に送付され約1年間の検討・訂正作業がなされた。1952年8月29日、法制司法委員会は、法制司法委員長の名義で作成した「刑法案審査報告の件」を民議院議長宛てに提出した。国会事務局の議案課に現存する刑法典関連文献を確認すると、「刑法案審査報告の件」というタイトルの下に、政府草案、政府草案の理由書に代わる法制司法委員会の刑法訂正案、刑法草案理由説明書が順次添付されており、法制司法委員会は国会本会議の審議のための一連の資料を審査報告書とともに本会議に送付したことが分かる<sup>21</sup>。当時の韓国は朝鮮戦争の最中であったこともあり、国会における刑法草案の審議は難航していた。このような状況において、第15回常会中に金宗順委員の外14人の提案者による「刑法案緊急上程に関する決議案」が本会期へ提出され、同議案は可決された<sup>22</sup>。その後、1953年4月16日に刑法案第1読会が開かれ、同年7月8日までに12回の本会議の審議が行われた。政府草案と法制司法委員会の刑法草案訂正案、そして国会議員の個別訂正案は、刑法案第2読会で審議され議決された<sup>23</sup>。同年7月9日

---

<sup>21</sup> 신동운・前掲注(11) 30頁。

<sup>22</sup> 刑法案の審議過程を理解するためには、当時の国会法による法案の審議過程を理解する必要がある。当時の国会法によると、法案の審議は3回の読会を経ることが原則である。しかし、国会の決議により読会を省略することができた(当時の国会法38条)。第1読会では議案朗読、質疑応答とその議案の大体を検討し、第2読会に付するかどうかを決議する(同法39条の3項)。第2読会では、議案を逐条朗読しながら審議を行う(同法40条1項)。また第2読会では、20人以上の連署があれば修正動議を提出することができる(同法40条5項)。第3読会では、議案全体の可否を議決する(同法41条の1項)。法律案の表決方法は、原案と訂正案をそれぞれ朗読した後、各案を表決に付し、過半数を獲得した案が通過することになる。各案が第1次投票で過半数を得られなかったときは、第2次表決を行い、そこでも過半数を得られない場合、その案は廃案となる。

<sup>23</sup> 1953年第15回の常会において第2読会が開かれ、刑法1条から8条までの審議が行われた。

の会議で、刑法案第3読会を省略することと、字句の修正は法制司法委員会に任せることが議決された。こうして国会を通過した刑法は、1953年9月18日に、法律第293号として公布され、同年10月3日より施行されたのである。

### 第3章 韓国制定刑法の根本理念と基本方針

ここで、現行韓国刑法が制定されるに至るまでの過程を簡単に整理してみると次のとおりである。すなわち、①米軍政下の「法制編纂委員会」が作成した「刑法要綱」は、大韓民国政府の樹立後新しく設けられた「法典編纂委員会」に継承され、「刑法草案」が完成された。②「法制編纂委員会」が政府に提出した草案は国务会議の議決を経て「政府草案」として国会に提出された。③国会の法制司法委員会は、政府草案の検討を行い、訂正案を作成した。その後、④この訂正案が国会の本会議に上程され、審議後一連の訂正を経て公布・施行に至ったのである。これらの各過程は、相互に有機的な関係を形成している。最終的に制定された刑法典は、③の国会の法制司法委員会の「刑法草案訂正案」をほぼそのまま採用したものであることは上述したとおりである。「刑法草案訂正案」の中で否決されたのは、姦通罪の削除案<sup>24</sup>、救助義務を履行しない者

---

しかし、第15回常会の期日満了のため、第2読会は第16回の常会へ回付された（法制司法委員長作成の「法律案再回付に関する件」による回付である）。当時の国会法規定では会議が異なる場合、すべてが白紙の状態になることになるが、委員らの協議により第1読会及び刑法1条から8条までの審議も省略することになった。

<sup>24</sup> 法典編纂委員会の刑法草案を作成する際の姦通罪の存廃を巡る議論に関して、엄상섭(嚴祥燮)委員は「간통죄철폐와 그 사회적 영향」と題する論文で、「…ここで筆者（嚴祥燮：筆者注）は我国の全ての実情に照らして姦通罪を不問にすることより、むしろ男女を同



---

等に処罰することが妥当であるという信念から前述のような要綱原案を提出したのである。しかし、法典編纂委員会の刑法分科委員会の甲論乙駁で結局、男性の姦通行為も処罰されるのであれば男性らが耐えられないという理由で姦通罪を不問にしたのである。この決議により姦通罪を撤廃する刑法草案が起草され法典編纂委員会に提出されたが、同総会で再び『姦通罪を処罰するが、有夫の婦女及びその相姦の男性のみを処罰すべきである』とする修正動議が提出されたので、筆者は『男女の姦通行為を同等条件で処罰すべきである』とあらためて動議を求めたが、21名の中でただ7票を得ただけで、修正動議も10票対11票で敗れたのである」と述べている（엄상섭 「간통죄철폐와 그 사회적 영향」 민성2号 [1950] 49頁）。

こうして、法典編纂委員会の刑法草案には姦通罪を規定していなかったが、政府草案を作成する過程で、法典編纂委員会の刑法草案に姦通罪を加え国会へ提出することとした。国会の法制司法委員会は、姦通罪を削除する訂正案を作成した。国会の本会議において、姦通罪に関しては、①姦通罪の双方処罰案（政府草案）、②姦通罪の削除案（法制司法委員会の訂正案）、③有夫の婦女のみを処罰しようとする案（<sup>バンマンヌ</sup>方萬洙議員の訂正案）、④有婦の男性のみを処罰しようとする案（<sup>キム・ボンジョ</sup>金鳳祚議員の訂正案）、⑤姦通罪を双方処罰とするが法案が実施されるまでの間に関しては不問にするという案（<sup>パク・スンチョン</sup>朴順天議員の訂正案）の5つの案が審議対象となった。審議の結果、①の政府草案が在席議員112人中57票を得て可決された。しかしながら刑法の制定後から維持されてきた姦通罪は、2015年、憲法裁判所の違憲判決（憲裁2015年2月26日 2009헌바17決定）により廃止された。この違憲判決の内容を簡単に紹介すると、配偶者のある者の姦通行為および相姦行為を2年以下の懲役に処すると規定する刑法241条が性的自己決定権および私生活の秘密と自由を侵害するとし、違憲訴訟が提起された事案について、過剰禁止原則に違反し、国民の性的自己決定権および私生活の秘密と自由を侵害するので憲法に違反するとする見解（裁判官5人の違憲意見）、刑法241条が一律的にすべての姦通行為者および相姦者を刑事処罰すると規定していることは個人の性的自己決定権を過度に制限する国家刑罰権の過剰行使として憲法に違反するとする見解（裁判官1人の違憲意見）、刑法241条は懲役刑のみを規定しており、これは具体的事案の個別性と特殊性を考慮する可能性を制限することになるので責任と刑罰の間の比例の原則に違反するので憲法に違反するとする見解（裁判官1人の違憲意見）が表明された。以上の違憲意見に対して、配偶者のある者の姦通行為および相姦行為は単純な倫理的・道徳的次元の問題を超えるものであり、夫婦の生活が回復不可能であると思われる場合には違法性が阻却される余地があるため過剰処罰

を処罰する規定の削除案，刑法附則に挙げられた廃止法令の中に国家保安法を入れようとする案の3点に過ぎなかった。それ以外の点で政府草案の条文を削除しようとした訂正案が否決されたことは，結果として政府草案の内容が刑法典に反映された形となったことを意味する。したがって，制定刑法の根本理念や基本原則は，政府が国会に提出した「政府草案」の制定理由から導くことができると考えられるが，政府草案には刑法提案理由がないため，そのような作業は容易ではない。しかし，政府草案の母体となった法典編纂委員会作成の「刑法草案」に関しては，立案理由書の代わりとなる「刑法草案理由説明書」が存在する。この「刑法草案理由説明書」には，立案に関する基本思想が説明されており，これらを通じ，刑法制定の根本方針と草案の基本的な考え方を推論することができるのである<sup>25</sup>。また，国会の定期会議の速記録に記載されている，刑法制定当時の発言や議論の内容から刑法制定の立法方向を導くことができる。国会の審議が開始され刑法案第1読会が行われる際における，法典編

---

の問題は生じず，刑法241条は懲役刑のみを規定しているが，その上限が高くないなどから過剰禁止の原則に違反しないとする反対意見(裁判官2人の反対意見)があった。これに対し，姦通行為は行為類型が多様であるので懲役刑のみを法定している点において責任と刑罰の間に均衡を失う可能性はあるが，財産刑たる罰金刑や名誉刑たる資格刑が配偶者に対する貞操義務を無にして婚姻制度の紊乱をもたらす非倫理的犯罪たる姦通罪に有効かつ適切な手段であるとはいえず，夫婦一方の不貞行為による民事・家事の問題の解決手段として刑罰によるのではなく，姦通行為による家族の解体という事態に対応する制度を新しく講ずるべきであるとする補足意見があった。総じて，憲法裁判官7名の違憲，2名の合憲意見により(憲法裁判官の9名中6名以上の違憲意見がある場合，直ちに法令は効力を失うとされていることから)姦通罪処罰規定は効力を失うに至った。

<sup>25</sup> 전지연・前掲注(5) 119頁。

纂委員長である金炳魯の冒頭発言では、法典編纂委員会の任務、今までの活動経過、主たる法典に対する草案作成の進捗状況などについての報告があり、その中には刑法草案の提案理由に関する発言もあった。金炳魯は、刑法の条文を作成する過程において自ら積極的に関わっており<sup>26</sup>、その意味で金炳魯の冒頭発言を取り上げることは意味があると思われる。そこで、以下においては、これらの資料を参考にしつつ、韓国刑法の制定過程における立案の根本理念と基本方針を探ることとする。

## 第1節 「刑法草案」における「刑法草案理由説明書」

法典編纂委員会の刑法草案と政府の刑法草案とを比較すると、政府において前者の草案に姦通罪の規定を加えたこと以外は、ほぼ同じものであった。法典編纂委員会の刑法草案は、全396条で構成されており、これらのすべての特徴を検討することは限界があるため、ここでは法典編纂委員会が刑法草案理由書に代えて発表した刑法草案理由説明書を中心としてその特徴を概観することと

---

<sup>26</sup> 金炳魯は、刑法制定の全般に係ったキーパーソンである。米軍政下の「法制編纂委員会」では副委員長として、韓国政府樹立後の「法典編纂委員会」では委員長として活躍した。「法典編纂委員会」における立法作業の進行中、刑法総則を担当していた梁元一委員の死亡後には、金炳魯が刑法総則の起草を担当することになった。金炳魯に関する研究としては、한인섭 「형법제정에서 김병로의 기여」 서울대학교 법학第55卷第4号（2014）316頁。その他にも、金炳魯に関する研究としては、김학준 『가인 김병로 평전: 민족주의적 법률가 정치가의 생애』（1988），신동운 「가인 김병로 선생과 법전편찬: 형법과 형사소송법을 중심으로」 전북대학교 법학연구第25輯（2007）9頁以下，신동운 「가인 김병로 선생의 범죄론 체계와 한국형법의 총칙규정」 서울대학교 법학第49卷第1号（2008）1頁以下などがある。

する。

政府は、刑法草案の提出当時に諸般の事情により立案の理由書を作成することができなかつたため、法典編纂委員会が政府に提出した刑法草案理由説明書が政府による立案理由書に代わるものでもあった。現行の刑法典に刑法草案が大きく反映されたことから、刑法草案の立案の基本方針から、最終的に制定された刑法典の立法方針を導くことができる。ここに、刑法草案理由説明書を検討することの意味が認められるのである。

刑法草案理由説明書は法典編纂委員会の草案に対する説明書であり、ここには草案完成の経過、立案の根本原則、総則に対する説明、各則に対する説明、附則に対する説明が書かれている。この中で、立案の根本原則について述べられている8項目をみると以下のとおりとなる。すなわち、①世界各国の現行法、刑法改正草案、特にドイツ刑法及びドイツ1930年刑法草案を多く参考にし、制定歴史が新しく国情がわが国とも類似している中国刑法を斟酌した。②すべての独裁的な政治要素を排除し、国民の基本権を擁護し、自由と平和の完全実現を志向する世界的趨勢に適合させた。③新生国家として澆刺生新し、勇往邁進な国風とそのような国民としての創造性と進取性を豊かにするに適したものとした。④目下我々が当面している危機の克服、すなわち民族的分裂から統一への推進方途に遺憾がないようにすべく努めた。⑤わが民族固有の良風美俗の維持向上に留意した。⑥弱者を保護し、その落伍に胚胎する社会の不健全性を防止することにより国家の基礎を強固とすることを企図した。⑦刑法学説が華麗奇抜へ偏向することを避け、その健全中正を採り、現実に適合するようにした。したがって、世界各国の立法例と特に新しい刑法草案を広範囲に参考にした。⑧用語については、法としての明確性と尊厳性を害しない限り、できるだけ平

易にするようにした。

このように全部で8項目となる立案の根本原則のうち、立案の制定過程を述べた①を除いてみると、(1) このうちの②, ③, ④は、新生国家としての韓国のアイデンティティを宣明するものであり、また、(2) ⑦及び⑧は、刑法学の方角性と刑法典の用語に関する原則であるといえよう。一方、(3) ⑤及び⑥は、韓国刑法の全体的な特色を表す原則であると思われる。

## 第2節 刑法草案の立法方針が制定刑法に与えた影響

戦後、韓国は、自由主義路線を選択したことから、独裁的な政治要素を排除し、刑法の民主化を目指し(②を参照)、また、社会的弱者を保護する立法の方角を明らかとした(⑥を参照)。さらに、法律用語を平易化させ罪刑法定主義と人権保護に努めたとした(⑧を参照)。また、ある学説に偏向を避け(⑦を参照)、学説の対立を条文の新設を通じて解決しようとした。しかし、その一方では、不安定な治安状況や朝鮮戦争などによる混乱に対処するために、刑法を用いようとする動きもあった(⑥を参照)。国家と社会防衛を強調し、国家的法益と社会的法益に対する多数の規定を新設した<sup>27</sup>。いわゆる「擬制共犯」の導入に関する議論はその端的な例ともいえよう<sup>28</sup>。また、民族固有の良風美

---

<sup>27</sup> 国家的法益に関する規定としては、国旗に関する罪(105条, 106条)、戦時軍需契約不履行罪(103条)が新設された。また、内乱罪(87条)はその処罰が重くなった。刑法122条から135条にわたる公務員の職務に関する罪の法定刑も、旧韓国刑法に比べてより加重された。

<sup>28</sup> 法典編纂委員会の刑法草案には、いわゆる「擬制共犯」に関する規定(刑法草案30条2項)があった。これは、犯罪団体の危険性に照らして、その団体員である以上、自己以外の団体員の犯行に対する認識の有無を不問にして処罰可能とする規定であり、その適用となる犯罪

俗の維持向上を目ざし（⑤を参照），直系尊属に対する殺人や傷害罪に対する刑を加重し，姦通罪規定を存置させた。

1949年に発表された『法政』第4巻第1号に掲載された張承斗の「『刑法要綱』を論ずる（一）」という論説では，刑法要綱の特色について次のように述べられている。まず，「刑法要綱は，新派の防衛主義，教育刑主義理論を導入したので，旧韓国刑法学と比べて刑法政策的考慮の面で進歩している」。また，「自由刑法的性質と権威刑法的性質を適当に折衷し，国家的社会的法益の保護に力を入れている」と評価した。そして，前者の根拠として，①不定期刑に関する規定を新設しようとした点，②「判決の告知」を規定し，被害者又は被告人の名誉回復のための措置を講じた点，③宣告猶予制度を新設しようとした点，④執行猶予の範囲を拡張しようとした点，⑤仮出獄の名称を仮釈放と訂正し，その範囲を拡張しようとした点，⑥復権の制を規定し，前科抹消のための措置を講じた点，⑦常習化に対して刑を加重する範囲を拡張した点，⑧死刑及び無期を法定刑とする範囲をできるだけ縮小しようとした点を挙げている。後者の根拠としては，①総則規定において，罪刑法定主義を章頭に宣言し，刑法運用上の大原則を確認しようとした点，②「時に関する効力」において犯罪時法を適用することを原則とすることにより刑法不遯及原則を明確にした点，③公安秩序に対する章における人心惑乱に関する罪は，犯罪観念の不明確性とその非民主主義的性質に鑑みて削除しようとした点などは自由刑法的性質を表しており，④国旗冒瀆罪の規定を新設しようとする点，⑤公務員瀆職罪の範囲を拡張

---

は刑法各則に個別的に規定することとした。本規定については，法制司法委員会の検討を経て「本条文を削除す」と訂正案が作成された。その後，刑法案第2読会での議論により「擬制共犯」の条文は削除された。

または加重しようとした点，⑤公務執行妨害罪においてその範囲を拡張または加重しようとした点などは権威刑法的な一面を表すものである，としている<sup>29</sup>。第一次世界大戦後，国家的社会的法益が重視されたこととともに権威主義刑法が急激に展開していく状況にあった。そこで，韓国刑法制定時には，権威主義刑法と自由主義刑法との中でどのような道を選択しなければならないかが問題となったが，韓国刑法は，自由主義刑法を採りながら国家社会防衛という側面を考慮して権威主義刑法も採り，これら両方を折衷させるという立法方向を固めたのである<sup>30</sup>。このような制定刑法に対しては，相反する評価がなされている。制定刑法の人権保護や法治主義を確立するための規定は，刑法の民主化に資し，かつ制定刑法の精神を具現したものと評価されている<sup>31</sup>。その一方では，社会防衛を強調するあまり，全体的な重罰化傾向を帯びていることは，制定刑法が持つ内在的限界であるという指摘もある<sup>32</sup>。

#### 第4章 日本の改正刑法仮案と韓国の制定刑法との関係

韓国刑法がその制定過程において外国法の大きな影響を受けたことは上述のとおりである。中でも，日本の「改正刑法仮案」（以下，これを「仮案」という）は，韓国刑法の制定過程において特に大きな意味を持ったと評価されてい

---

<sup>29</sup> 張承斗・前掲注(16)39-41頁。

<sup>30</sup> 張承斗・前掲注(16)40頁。

<sup>31</sup> 전지연・前掲注(5)123頁。

<sup>32</sup> 조상제・前掲注(5)312頁，이기수「한국형법의 제·개정경과와 발전과제」단국대학교 법학논총第38卷第3号(2014)580頁。

る<sup>33</sup>。ここで、韓国刑法の制定過程において「仮案」が主に参照されたと思われる理由はどこにあるのだろうか。

それはまず、刑法制定当時の客観的時代状況に照らして考えることができよう。戦後の韓国は、激甚な混乱が続いている中の不安な社会状況や治安状況の解決のためにも、韓国独自の刑法の制定が特に急がれていた。その一方で現実には、韓国固有の実定法が存在しておらず、刑法制定は条文を一から創設しなければならない状況であったが、これはかなりの時間を要する作業となったのであった。さらに、刑法制定当時の韓国は、不安な国内の政情と朝鮮戦争の勃発等の影響もあり、法制定のために割きうる人的・物的リソースが限られていた。また、専門家も法の制定に関するインフラも十分ではなかった。この劣悪な環境の下で一刻も早く刑法を制定するという課題の解決するためには、主として依拠できる外国刑法のモデルを探ることが必要であった。しかも、刑法を制定するにあたって立法者は、旧韓国刑法と新しい韓国刑法の関連性について次のようなことを考慮しなければならなかった。それは、まず、急激な変更による社会的な混乱を避けるため、旧韓国刑法との連続性をある程度維持しなければならないことと、他方において、新しい刑法典を作るのであるから可能な限り旧韓国刑法とは異なるものを制定するという要請に応じることであった。これらをすべて考慮すると、時間的な制約の中で新刑法の制定を実現するためには、すでに日本においてまとまった形で成文化されていた「仮案」を刑法立法における主たるモデルとすることが自然な流れであるともいえよう<sup>34</sup>。次に、制定

---

<sup>33</sup> 차용석 「형법전 시행 반세기의 회고: 한국 형법 및 형법학의 정체성을 찾아서」 형사법연구第18号 (2002) 4頁。

<sup>34</sup> 同旨の見解として, 전지연・前掲注(5)119頁, 오영근・前掲注(5)112頁, 문채규 「제정형



された韓国刑法典と「仮案」の内容と形式を比較し、その類似性から両者の関係を説明することが考えられる。実際、韓国刑法典と「仮案」は条文の編制方法や規定の内容の点などで顕著な類似性がみられるのである。

このように、韓国刑法の制定過程における「仮案」との関係は、当時の時代状況、そして、韓国刑法典と「仮案」との内容的な比較を通じてこれを説明することができる。特に、前者が時代状況からの推測であるのに比べて、後者はより直接的な結びつきを証明することになる。そこで以下においては、韓国刑法典と「仮案」とを、条文編制面と規定の内容面の両方から比較検討することに中心を置き、両者の関係を探ることとする。

## 第1節 改正刑法仮案の成案過程と指導理念

改正刑法仮案は、韓国刑法にとり、比較法的手法により参考にした重要な刑法典であった<sup>35</sup>。ここではまず、比較の対象となる日本の「仮案」の日本での成立過程とその指導理念を、その条文と日本の文献を参照しつつ概括的に示しておくこととする<sup>36</sup>。1921（大正10）年、日本政府より「臨時法制審議会」に対して刑法改正の可否についての諮問<sup>37</sup>があり、同審議会は、1926（大正15）年

---

법의 오늘」 형사법연구第20号（2003）91頁， 조상제・前掲注（5）311頁等を参照。

<sup>35</sup> 林弘正「改正刑法仮案成立過程の考察」 형사정책연구第19卷第4号（2008）15頁。

<sup>36</sup> 改正刑法仮案成立過程に関する詳細な研究として、林弘正『改正刑法假案成立過程の研究』（2003）を参照。

<sup>37</sup> 『諮問第四號』は、大正10年11月28日開催の臨時法制審議会にて内閣総理大臣より発せられたものである。政府は、臨時法制審議会に対して3つの理由を挙げて刑法改正の可否を問い、これを可とする場合に、「刑法改正ノ綱領」の作成を求めたものである。諮問第四號の

に「刑法改正ノ綱領」<sup>38</sup>40項目を起案して日本政府へ答申した。1927（昭和2）年1月，司法省内に「刑法改正案原案起草委員会」が設置され，同年6月，「刑法改正予備草案」が発表された。次いで，同年の7月には本格的な刑法改正事業に当たるため，新たに「刑法並びに監獄法改正調査委員会」が司法省内に設けられた。この委員会は，1931（昭和6）年3月，総則篇を脱稿し，引き続き昭和15年には各則部分が作成され，これらをまとめて若干の条項を留保したまま未定稿として発表された。これが「刑法並監獄法改正調査委員会総会決議及留保条項（刑法総則及各則未定稿）」，いわゆる「改正刑法仮案」である<sup>39</sup>。

「仮案」は未定稿であったので，留保条項について同委員会はその後にも審議を継続していた。しかし，昭和15年10月，第二次近衛内閣決定に基づく「各種委員会，調査委員会，各庁に設置されている調査審議機関」の整理更新が行われた際に，「刑法並びに監獄法改正調査委員会」も廃止されるに至った。「仮案」は，結局，刑法改正に結実せずに終焉を迎えたのであった。

「仮案」の基本的な理念は，「刑法改正ノ綱領」により定められた。「刑法改

---

内容は次のとおりである。「政府ハ主トシテ左ノ理由ニ基キ現行刑法ノ規定中改正スヘキモノアリト認ム。其ノ可否如何。若シ可トセハ改正ノ綱領如何。第一「現行刑法ノ規定ハ之ヲ我国固有ノ道德及美風良習ニ稽ヘ改正ノ必要アルヲ認ム」，第二「現行刑法ノ規定ハ人身及名誉ノ保護ヲ完全ニスル為改正ノ必要アルヲ認ム」，第三に「輓近人心ノ趨向ニ見テ犯罪防遏ノ効果ヲ確實ナラシムル為刑事制裁ノ種類及執行方法ヲ改ムルノ必要アルヲ認ム」（第一から第三までの番号は筆者が付したものである）。

<sup>38</sup> 刑法改正事業中，多くの草案が作成された。その過程で「刑法改正ノ綱領」は準拠すべき基準を示す枠組みとして扱われた。小幡尚「1920年代における行刑制度改革構想と監獄法改正事業前掲注」高知大学人文科学研究第15巻（2009）10頁。

<sup>39</sup> 小幡・前掲注（38）43頁以下。

正ノ綱領」は、 淳風美俗の保護、 人身及び名誉の保護、 新しい刑事政策の導入という3つの観点に立脚している<sup>40</sup>。これらの指導理念が「仮案」においてどのように具体化されたかを見ると次のとおりである。まず、刑法改正ノ綱領（以下、これを「綱領」という。）の第1項は、「各罪ニ対スル刑ノ輕重本邦ノ淳風美俗ヲ維持スルコトヲ目的トシ忠孝其ノ他ノ道義ニ関スル犯罪ニ付テハ特ニ其ノ規定ニ注意スルコト」である。この「本邦ノ淳風美俗」や「忠孝其ノ他ノ道義」は、「仮案」の中で具体化された。「仮案」57条には、量刑にあたり考慮すべき8つの事項が定められているが、その中の第3号には「犯罪ノ動機ガ忠孝其ノ他ノ道義上又ハ公益上非難スヘキモノナリヤ否又ハ宥恕スヘキモノナリヤ否」と規定されている。これに関連して「仮案」61条には、「懲役ニ該ル罪ヲ犯シタル者ト雖第五十七條ニ掲ケタル事項ヲ参酌シ特ニ犯罪ノ動機道義上又ハ公益上宥恕スヘキモノナルトキハ禁錮ヲ科スルコトヲ得此ノ場合ニ於イテ其ノ期間ハ懲役ノ期間ニ同シ」と規定する。各則篇における、自己又は配偶者の直系尊属に対する殺人・傷害・遺棄・逮捕監禁罪に関する加重処罰規定<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> 「刑法改正ノ綱領」は、諮問第四號での3つの項目を中心として検討を行うこととする。

<sup>41</sup> 直系尊属に対する殺人・傷害・遺棄・逮捕監禁罪に関する加重処罰規定としては、343条の第2項、334条の2項、347条の2項、365条、366条第2項、368条などがある。一方、親族や家族の間の犯罪に関しては処罰しない規定としては、222条2項、227条、433条などがある。なお、日本においても、かつては被害者が行為者又は行為者の配偶者の尊属である場合に関する特別規定（尊属殺人罪、刑旧200条）が置かれ、死刑又は無期懲役という極めて重い法定刑が定められていた。尊属を特別扱いするこの規定の合憲性については争いがあったが、最高裁判所は、合憲性を肯定していた従来判例（最判昭和25・10・25 刑集4巻10号2126頁）を大法廷判決により変更し、尊属殺規定を憲法14条1項に違反して無効であるとするに至った（最大判昭和48・4・4 刑集27巻3号265頁）。判決においては、尊属を差別的に取り扱う

や、国家的法益に対する罪の規定<sup>42</sup>などにおいても、「本邦ノ淳風美俗」や「忠孝其ノ他ノ道義」を重視する姿勢が示されているといえよう。

次に、「綱領」は、「人身及名誉ノ保護ヲ完全ニスル為改正ノ必要」があるとする観点から、その30項において、「猥褻、姦淫に関スル現行法ノ不備ヲ補ヒ權衡ヲ適當ニスルコト」と規定した。これは、「仮案」35章の「姦淫ノ罪」において各罪の刑罰を重くする形で具体化された。また、名誉の保護に関しては、「綱領」35項と36項<sup>43</sup>を挙げることができる。「綱領」35項では「名誉毀損罪ハ之ヲ重キモノトニ區別シ其ノ重キモノハ之ヲ非親告罪ト為スコト但シ被

---

ことが憲法14条1項に違反するとする意見もあったが、多数意見は、次の理由により、尊属殺規定を違憲とする結論に達した。すなわち、尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義であり、こうした自然的情愛ないし普遍的倫理の維持は刑法上の保護に値し、尊属殺を行った者の背倫理性は特に重い非難に値する。このことを処罰に反映させても不合理とは言えず、量刑上重視することは許されるし、さらにこれを類型化して法律上刑の加重条件としても、憲法14条1項に違反するとは言えない。しかし、刑の加重の程度が極端であり、こうした立法目的達成の手段として甚だしく均衡を失し、正当化しうべき根拠を見出しえないときは、その差別は著しく不合理なものであり、かかる規定は憲法14条1項に違反して無効となる。尊属殺の法定刑は、死刑又は無期懲役に限られている点においてあまりにも厳しく、合理的根拠に基づく差別的取扱いとして正当化することはできず、したがって刑法200条は憲法14条1項に違反して無効である。なお、尊属殺規定は、尊属傷害致死罪などと共に、2005年によりやく削除された（例えば、山口厚『刑法各論〔第2版〕』〔2010〕7頁以下等を参照）。

<sup>42</sup> 国体を変革する目的としての暴動（改正刑法仮案165条）や殺人（同案167条第1項）については死刑のみが規定されているなど、国家の法益に対する罪に対しては厳しい刑が定められている。

<sup>43</sup> 36項は、「名誉毀損罪ニ付被害者ハ事実ノ証明ヲ求ムルコトヲ得ヘキ規定ヲ設クルコト」と定めていた。

害者ノ意思ニ反シテ訴追スルヲ得サル規定ヲ設クルコト。名誉毀損罪ノ刑ハ之ヲ重クシ生命，身体ニ對スル罪ノ刑ト權衡ヲ得シムルコト」と規定されている。35項の後段の部分は，名誉毀損罪を重く処罰する立場を取っている。これは「仮案」406条2項での誉毀損罪の成立範囲を拡大し，407条から412条において刑罰加重規定を置くという形で具体化された。その一方，35項の前段は「仮案」413条により具体化された。なお，名誉毀損行為が，ただ公益を図る目的であると認められる場合には，事実関係を把握し，真実である場合には罰しない規定を設ける（「仮案」412条）など，名誉に関する犯罪の扱いに慎重を求めているように見える。

また，政府は，刑法改正の諮問において，「輓近人心ノ趨向ニ見テ犯罪防遏ノ効果ヲ確實ナラシムル為刑事制裁ノ種類及執行方法ヲ改ムルノ必要アルヲ認ム」としていた。これに応じて，「綱領」では，刑事政策見地から刑の種類拡大及び刑の執行猶予規定の改正などを提案していた。まず，「綱領」3項（公権の喪失及び停止），4項（譴責），6項（刑の附随処分としての居住制限）は，それぞれ「仮案」30条4号の資格喪失，5号の資格停止，6号の居住制限，10号の譴責として具体化された。そして，刑の執行方法に関して，「綱領」8項は，「自由刑ノ執行猶予ヲ爲シ得ヘキ要件，取消ノ要件ヲ寛大ニシ且宣告猶予ノ範囲ヲ廣クスル規定ヲ設クルコト」を，同9項は「刑の執行猶予の範囲を罰金・科料・公権喪失及び停止ニモ及ホスベキ規定ヲ設クルコト」を規定していた。これは，「仮案」10章の執行猶予に関する規定（96条から104条）において具体化され，現行法に比してかなり大幅な改正が行われた。その他にも，「綱領」11項の「宣告猶予」は，「仮案」11章の宣告猶予に関する諸規定として，「綱領」19項に示された「不定期刑」に関する基本的考え方は，「仮案」

9章の不定期刑に関する諸規定として、綱領20項の「仮出獄」に関する基本方針は、「仮案」12章の仮釈放に関する規定においてそれぞれ具体化されたといえることができよう。このように、「仮案」には、再犯予防のために刑罰をより柔軟に・弾力的に用いようとする傾向がみられる。さらに、「綱領」21項では、「保安処分トシテ労働嫌忌者、酒精中毒者、精神障礙者等ニ関スル規定ヲ設クルコト」という、保安処分に関する規定の導入を要請していた。これは、「仮案」15章の保安処分に関する規定という形に具体化された。すなわち、「仮案」は、保安処分として、①精神障害者に対する「監護処分」、②飲酒などの習癖のある者に対する「矯正処分」、③浮浪または労働嫌忌者に対する「労作処分」、④懲役刑の執行者に対する「予防処分」という4種類の保安処分を新設したのであった。

以上、「仮案」の成案過程と指導理念を概観してみた。「仮案」の指導理念の中にある淳風美俗の保護という理念は、当時の統治体系の維持及び強化のためのものであるので、終戦後の新しい憲法下では日本刑法改正の基本理念として認められないことが宣言された<sup>44</sup>。しかし「仮案」は、20年近い年月をかけて検討された、刑法草案として質の高いものであった<sup>45</sup>。「仮案」は、立法化に至ることができなかったが、終戦後まもなく行われた日本の刑法改正作業に

---

<sup>44</sup> すでに述べた通り、改正刑法仮案発表後の刑法改正作業は、戦争等のために中断されたが、戦後の1956年から改正準備作業が開始され、その際、淳風美俗の維持を目的とすることについては、刑法改正の指導理念とすることはできないことが強く意識された。植松正＝浦辺衛＝吉川経夫＝高橋勝好＝日沖憲郎＝平野龍一「改正刑法準備草案－総論の部(上)」ジュリスト202号(1960)13頁以下等を参照。

<sup>45</sup> 林弘正・前掲注(35)15頁を参照。

において、「仮案」は重要な資料として用いられており<sup>46</sup>、「仮案」の提案が採用された部分もあった<sup>47</sup>。また、韓国刑法の制定過程において広く参考され、韓国刑法典に直接的・間接的な影響を与えたと思われる。

ここで、仮案と韓国の制定刑法との関係を、「仮案」の指導理念と韓国刑法典の制定における根本理念や基本方針との比較によりその内容的な側面から概観しておきたい。まず、仮案の「淳風美俗の保護」という指導理念は、韓国刑法草案理由説明書の立案の基本原則の「わが民族固有の良風美俗の維持向上に留意し」というところに現れている。日本では、終戦後の憲法改正とともに、仮案の「淳風美俗の保護」という指導理念に関する根本的な見直しが行われた。一方、韓国では、「淳風美俗の保護」という原則自体は支持されており、ただ、韓国固有なものを強調しすぎて文化的孤立状況にならないように注意する必要があるという指摘があった<sup>48</sup>。そして、この原則は、韓国の刑法制定過程で反映され、姦通罪の立法をめぐる議論などに影響を与えたのである。

また、仮案の「人身及び名誉の保護」の指導理念については、名誉に対する「仮案」の各則規定と韓国刑法の各則規定を比較した【表一1】からその韓国刑法への影響関係をうかがうことができよう。【表一1】のように、仮案での死者の名誉毀損に関する別途の規定を置くことや、名誉に関する罪の全体的な

---

<sup>46</sup> 改正刑法仮案研究会（編）「改正刑法仮案立案資料（一）」香川法学第34巻（2015）330頁，市川英雄「刑法政策と刑法の改正」ジュリスト121号（1957）31頁，繁田実造「改正刑法準備草案と戦前の刑法改正作業－総則篇－」近畿大學法學第9巻第2号（1950）34頁など。

<sup>47</sup> 小野清一郎ほか『ポケット註釈全書・刑法〔第三版〕』（1980）2頁（中野次雄執筆）参照。

<sup>48</sup> 張承斗・前掲注（16）41頁。

重罰化傾向は、韓国刑法典にかなり反映していることが分かる。

【表一】 名誉に対する罪に関する「仮案」と「制定韓国刑法」条文の比較

改正刑法仮案	制定韓国刑法
<p>第四百八条 公然虚偽ノ事實ヲ摘示シテ死者ノ名譽ヲ毀損シタル者ハ三年以下ノ懲役若ハ禁錮又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス</p>	<p>第308条【死者の名誉毀損】 公然に虚偽の事実を摘示し死者の名誉を毀損した者は2年以下の懲役、或いは禁錮、又は2万5千圓以下の罰金に処する。</p>
<p>第四百九条 公然人ヲ侮蔑シタル者ハ一年以下ノ懲役若ハ禁錮又ハ五百圓以下ノ罰金ニ處ス</p>	<p>第311条【侮辱】 公然に人を侮辱した者は1年以下の懲役若しくは禁錮又は1万5千圓以下の罰金に処する。</p>
<p>第四百十条 出版物ニ依リ第四百六条又ハ第四八九条ノ罪ヲ犯シタル者ハ七年以下ノ懲役若ハ禁錮又ハ五千圓以下ノ罰金ニ處ス</p>	<p>第309条【出版物などによる名誉毀損】 ① 人を誹謗する目的で新聞、雑誌又はラジオその他の出版物により第307条第1項の罪を犯した者は3年以下の懲役若しくは禁錮又は2万5千圓以下の罰金に処する。 ② 前項の方法で第307条第2項の罪を犯した者は7年以下の懲役又は10年以下の資格停止に処する。</p>
<p>第四百十二条 第四百十六条第一項及第四百十一条ノ行為公共ノ利害ニ關スル事實ニ係リ其ノ目的専ラ公益ヲ圖ルニ出デタルモノト認ムルトキハ事實ノ真否ヲ判断シ真實ナルトキハ之ヲ罰セズ</p>	<p>第310条【違法性の阻却】 第307条第1項の行為が真実なる事実として専ら公共の利益に関するときには処罰しない。</p>
<p>第四百十三条 第四百八条及第四百九条ノ罪ハ告訴ヲ持チテ之ヲ論ズ 第四百六条及第四百十条ノ罪ハ被告者ノ明示シタル意思ニ反シテ之ヲ論ズルコトヲ得ズ</p>	<p>第312条【告訴と被害者の意思】 ①第308条と前条の罪は告訴を持って論ずる。 ②第307条と第309条の罪は被害者の明示した意思に反して論じることができない。</p>



そして、仮案の「新しい刑事政策の導入」という指導理念が韓国の制定刑法にどのような影響を与えたのかに関しては、張承斗の「『刑法要綱』を論ずる（一）」を参照することとしたい。張承斗は、「刑法要綱は、新派の防衛主義、教育刑主義理論を導入したので、旧韓国刑法学と比べて刑法政策的考慮の面で進歩している」とし、「現行刑法(旧韓国刑法:筆者注)は、すでに制定されてから40年あまりの沿革を有するが、この法典は、少なくとも制定当時においては相当進歩的なものであったものの、刑事政策的見地において、その前身たる旧刑法(明治13年の刑法:筆者注)と比べて沢山の点の改良が見られた。徒刑及び流刑が廃止され、剥奪公権及び停止公権の制が除外されたのであり、仮出獄制度が非常に拡大された。特に大きな改革といえるのは、執行猶予の制度が新法の中で、正文として加えられた点である。…(省略)…しかし、刑法においても時代の推移によりさまざまな欠陥や現代の実態との不調和が露呈するようになり、また、Carl Stoopsの刑法草案が起草され、この草案が従来の立法の伝統を破り、刑法法典の中で刑と保安処分との二元主義を採用し、これが世界の刑事立法に刺激を与え、これと同時に刑事政策の研究が刑事立法に多く反映されることにより、1940年改正刑法仮案が公表されて多数の点において進歩的な刑事政策的考慮が見えたのである。そうすると、戦後最初にその立案(改正刑法仮案の立案:筆者注)をみた本要綱は、最近の刑事政策が到達した諸原則を如何なる程度で採用したのか」(下線は筆者)とし、その具体的な例を並べている。すなわち、宣告猶予制度の新設(仮案105条から107条、韓国刑法59条から61条)、執行猶予範囲の拡張(仮案96条から104条、韓国刑法59条から61条)、仮釈放制度の改正(仮案108条から114条、韓国刑法72条から76条)などを挙げる事ができるのである。

また、「仮案」の新しい刑事政策の導入という指導理念における最大の特徴は、刑罰の他に保安処分を規定した点であった。「仮案」の第15章は、保安処分について規定している。126条は、保安処分として、監護処分、矯正処分、労作処分、予防処分を規定している。具体的には、禁錮以上の刑に該当する罪を犯した者が心身障害者・瘖啞者の場合において、公安上の必要があると認めるときに監護処分（127条から132条）、飲酒又は麻酔剤習癖のある者で酩酊また麻酔の状況で罪を犯してその習癖を矯正する必要があると認めるときに矯正処分（133条から135条）、浮浪又は労働忌避により常習として罪を犯した者に労作処分（136条から138条）、懲役の執行の終了により釈放される者が釈放後に放火、殺人又は強盗を犯すことが顕著な場合に予防処分（139条から142条）が行われる。韓国では、朝鮮法制編纂委員会の起草要綱においては保安処分の規定が設けられていたが<sup>49</sup>、その後「新しい立法傾向においては、保安処分に対する規定を置くのが一般的であるが、我が国の現実に照らして留保することとした。後日、国家の諸般の状況が整えば、刑法総則に「保安処分」の一章を追加するか、独立の法律でそれに関する法律を制定すればよい」とし、保安処分の規定を設けることを留保したのである。

以上のように見ると、「仮案」の指導理念は、韓国刑法典の制定における根本理念や基本方針とかなり類似している。日本で「仮案」が発表されたのは1940年であり、韓国刑法が制定されたのは1953年である。この時期的な流れ

---

<sup>49</sup> 朝鮮法制編纂委員会の起草要綱をみると、「14章 保安処分」には、（1）監護処分（心身障害者又は瘖啞者）、（2）矯正処分（酒精中毒者又は麻薬中毒者）、（3）労作処分（浮浪者又は労働嫌忌者）の3つが規定されており「仮案」の予防処分を除いた保安処分規定と類似している。

からみると、韓国刑法の制定過程において、「仮案」の指導理念や具体的条文が大きく影響力を与えたことを推測することができよう。韓国刑法を解釈するにあたっては、仮案の立法理由などが貴重な参考資料としての意味を持つのである<sup>50</sup>。

## 第2節 韓国の制定刑法典と日本改正刑法仮案との比較——総則編を中心として——

「仮案」と制定刑法との関係を明らかにする作業において次に考えられる検討方法は、韓国刑法典と「仮案」の規定を相互に直接に比較することである。刑法草案の理由説明書の立案の根本原則の1には、「世界各国の現行法、刑法改正草案、特にドイツ刑法及びドイツ1930年刑法草案の相当部分を参考にし、制定歴史が新しく国情が我が国と類似している中国刑法を斟酌した」と書かれており、一見「仮案」と制定刑法の関係は深くないように思われる。たしかに、刑法を制定する過程において立法を担当した関係者らが世界各国の現行法や改正草案などを（直接にまたは日本の文献を通じて間接的に）参考にすることも可能であったかもしれない。しかし、刑法制定当時の状況や政府草案が作成されるまでの時間、刑法制定に関する審議過程などを考慮すると、従来の刑法と全く違う刑法体系を新たに採用することは困難であったと推測される<sup>51</sup>。

ここでは、まず、韓国刑法の制定過程における「仮案」の持つ意味を明らかにするため、法案第1読会の際における、法案の起草趣旨を説明する金炳魯の

---

<sup>50</sup> 오영근·최종식 「日本刑法改正仮案에 관한 一考察」 형사정책연구第10卷第1号（1999）130頁。

<sup>51</sup> 오영근·前掲注（5）111頁。

発言の中での、日本の「仮案」についての言及を取り上げることとする。法案審議の過程での国会速記録では、新刑法を制定するにあたり急いで作業を進めなければならないという、当時の状況を説明する過程で、大要、次のように述べられている。

「われわれは今、新しい法を構想するにあたって全く基礎が欠けた状況で、何のモデルや基礎となるものなしにこれを行うことにすれば、やはり多大な研究と多大な時間を要するので、このように早急に法典を編纂する場合には、どこかの国の法を一つの基礎としよという意見が法典編纂委員会でもありました。そうすると、…（省略）…事実上わが国においても長い間、効力を有していた日本の法典を基礎として、速やかに編纂事業を進めるのが良いのではないかという意見もあったのです。しかし、実際に法律を起草するにあたり、ある一つの国の法律を基礎として、それをモデルとするのはかなり難しいことです。ある一つの国ではなくどの国でも共通する普遍的な規定であれば、それを新たな基礎とすることにはそれほど問題がないですが、わが国の国民的・社会的現実の特殊性に対応することが必要な事項においては、特定の外国の法を基礎とするのは根本的に間違いが……」

この発言の中には、事実上わが国においても長い間、効力を有していた日本の法典を基礎として、速やかに編纂事業を進めるのが良いのではないかという意見もあったことや、早急に法典を編纂するには、どこかの国の法を一つの基礎としよという意見もあったなどが述べられており、ここから立法者自身が制定刑法の主たるモデルが「仮案」であることを（間接的に）認めていると解釈

できるとする見解もある<sup>52</sup>。私も、この発言は、制定刑法における「仮案」の影響力を間接的に示すものであると考える。発言の内容でも述べられているように、当時は、旧韓国刑法から脱却して早急に新たな韓国の刑法を制定しなければならないという状況であった。そして、そのような厳しい状況の突破口として「仮案」が検討されたことは上の発言からもうかがえるところである。それは、刑法草案の理由説明書の立案の根本原則では明らかではなかった「仮案」と制定刑法の関係を認める一つの根拠となり得るものであろう。以下においては、刑法の制定過程における「仮案」の影響をより具体的にみるために、「仮案」の総則篇の規定と制定刑法のそれとを比較することとする。

## 第1款 「仮案」の総則の特徴

「仮案」の総則編は、17章153箇条の決定条項と4箇条の留保条項とで構成されている。明治40年の刑法総則が13章72箇条であったことに比べて条文数が2倍以上となっているのは、新しい制度に関する規定が多く新設されたからである。「仮案」の総則編は、第1章法例、第2章犯罪、第3章未遂犯、第4章共犯、第5章刑、第6章刑の適用、第7章累犯、第8章競合犯、第9章不定期刑、第10章執行猶予、第11章宣告猶予、第12章仮釈放、第13章刑の時効、第14章刑の消滅、第15条保安処分、第16章保護観察、第17章期間、そして留保条項として構成さ

---

<sup>52</sup> 신동운教授は、金炳魯の発言について、「日本の改正刑法仮案を有力なモデルとして設定するものの、しかし、一つの立法例のみで法典の編纂を行うことには限界があること、特に、韓国の国民性ないし社会的現実において必要を感じる特殊な事情を特別に扱った点などを明らかにしたものである」と解釈している（신동운・前掲注（11）33頁）。

れている。「仮案」の総則編では、従来の刑法規定に対する改正作業と、用語に対する訂正作業が行われた。

「仮案」の総則編の全体的構成をみると、犯罪に関する規定を先に置き、その次に刑について規定している。これは、刑に関する規定を先にしてから、犯罪に関する規定を置く従来刑法の編制とは異なる。「仮案」の総則編が犯罪に関する規定を先にしたのは、刑罰を科する前提としての犯罪を先に論じ、その効果としての刑罰を論ずるといふ基本的考え方に基づくものである。「仮案」の総則編の重要な特徴は、多数の規定が新設されたことである。特に、不定期刑、宣告猶予、保安処分、保護観察の新設は、仮案の作成過程において最も重要視された制度であったといえよう。

## **第2款 韓国の制定刑法典の特徴:総則編を中心として**

韓国の制定刑法の総則は、第1章刑法の適用範囲、第2章罪、第3章刑、第4章期間の4章と構成され、章にはさらに節を設けている。第2章の罪は、第1節罪の成立及び刑の減免、第2節未遂犯、第3節共犯、第4節累犯、第5節競合犯と構成されており、第3章は、第1節刑の種類及び軽重、第2節刑の量定、第3節刑の宣告猶予、第4節刑の執行猶予、第5節刑の執行、第6節仮釈放、第7節刑の時効、第8節刑の消滅として構成されている。刑法草案理由説明書では「総則について」とし、総則の新しい規定などについて説明している。新設規定として挙げられているのは、強要された行為(12条)、因果関係(17条)、不真正不作為での作為義務の明文規定(18条)、独立行為の競合による結果の処罰(19条)、自救行

為(23条), 被害者の承諾(24条), 不能犯(27条), 教唆犯が独立に処罰される場合(31条), 間接正犯に関する規定(34条)であり, 累犯に関して, 旧韓国刑法は「刑の執行を終わった日又はその執行の免除を得た日から5年以内に更に罪を犯した場合において<sup>53</sup>」としていた点を, 刑法35条で, 「禁錮以上の刑に処せられ, その執行を終了したか免除を得た後3年以内に禁錮以上に該当する罪を犯したものは累犯とする」とし, 刑の執行を終わった日や免除を得た日から「5年以内」であったのを「3年」に変えた。最終的に削除された「擬制共犯」規定は, 刑法総則の制定過程において激しく議論された規定であった。また, 競合犯を整理し, 連続犯に関する条文を設けないこととした(37条から39条)。刑に関する規定においては, 資格喪失と資格停止を新設し(43条), 刑の量定に対する準則を規定した(51条から56条)。従来, 付加刑であった没収刑(48条)を独立刑とし, また, 刑の執行猶予に対する保護観察を導入した(62条の2)。従来は, 30日以内に限り受刑者の承諾がある場合のみ労役場に留置することができたのを, 罰金刑の宣告とともに労役場に留置することができるように規定した(69条)。なお, 判決公示制度(58条)が採択され, 刑の宣告猶予制度(59条), 仮釈放の保護観察(73条の2), 追徴に対する時効(78条), 刑の消滅に対する規定(81条), 刑の終了後の釈放に関する規定(86条)が設けられた。一方, 朝鮮法制編纂委員会の起草要綱ではその成案を検討していた保安処分規定は, 当時の現実的な状況を理由として当面これを保留とすることが明らかにされた。

---

<sup>53</sup> 現行日本刑法(旧韓国刑法)56条である。

### 第3款 小 括

ここでは、「仮案」の総則編の規定と、制定刑法典の規定、そして日本の現行刑法である旧韓国刑法とをそれぞれ比較することとする。しかし、総則編の規定の全部を比較すると、その量が膨大なものとなることから、紙幅の制約上、韓国の刑法草案理由説明書に挙げられている新しい規定を中心として検討を行うこととしたい。

刑法総則篇の全体的な編成からみると、「仮案」と制定刑法の両者とも「罪」に関する章が「刑」に関する章の前に置かれていることが分かる。また、旧韓国刑法には存在しなかった多数の規定が新設されたのが大きな特徴である。まず、犯罪に関する規定を比較すると以下の通りとなる。①犯罪論に関する規定をみると、旧韓国刑法では犯罪の不成立及び刑の減免、未遂犯、競合犯、累犯、共犯の順に規定されているが、「仮案」と制定刑法では、犯罪成立及び刑の減免、未遂犯、共犯の順に規定されている。②未遂犯に関し旧韓国刑法は、障害未遂と中止未遂の2つのみを規定していた。それに対して、「仮案」は障害未遂と中止未遂の他に、22条において「結果ノ発生スルコト不能ナル都合ニ於テ其ノ行為危険ナルモノニ非スルトキハ之ヲ罰セス」とし、不能犯を規定した。制定刑法の27条<sup>54</sup>も、不能犯を規定している。これに対し、「仮案」は未遂犯の章に予備・陰謀に関する規定を設けていないが、制定刑法の28条は、未遂犯

---

<sup>54</sup> 27条は「実行の手段又は対象の錯誤により結果発生が不可能なときは刑を減輕又は免除することができる」と不能犯を規定している。刑法草案の説明において、本規定は、条文がなく判例や理論にその解決が任されていたものを可能な限り規定を設けようとする立案の基本原則に立脚した制定の代表例として紹介されている。



の章において予備・陰謀の処罰規定を設けている点は異なる。③共犯に関して、旧韓国刑法は共同正犯，教唆犯，幫助犯，身分犯の共犯という順に規定されていた。

一方、「仮案」は、共犯の章において共同正犯，教唆犯，幫助犯，身分犯と共犯，そして間接正犯<sup>55</sup>と規定している。制定刑法は、共同正犯，教唆犯，従犯，共犯と身分，そして間接正犯<sup>56</sup>を規定しており，「仮案」と同様に間接正犯規定を設けている<sup>57</sup>。その他にも，不作為犯の規定は旧韓国刑法にはなく，「仮案」と制定刑法で新設された規定である。また，刑に関する規定を比較すると，累犯の条件の変更や刑法の種類としての資格喪失と資格停止の新設<sup>58</sup>，

---

<sup>55</sup> 29条には、以下のように規定されている。「前四條ノ規定ハ自己ノ行為ニ付處罰セラレサル者又ハ過失犯トシテ處罰セラルルニ止マル者ヲ行為ニ加功セシメタル場合ニ亦之ヲ適用ス」

<sup>56</sup> 34条には、以下のように規定されている「ある行為により処罰されない者又は過失犯として処罰される者を教唆又は幫助し，犯罪行為の結果を発生させたものは教唆又は幫助の例により処罰する。」

<sup>57</sup> 制定刑法の間接正犯規定を「仮案」の影響を受けたとみる見解としては，（오영근・前掲注（5）113頁）を参照。一方，制定刑法の間接正犯の規定と「仮案」の間接正犯の規定を，自分の行為では処罰されない者又は過失犯として処罰されるにすぎない者を被利用者とすることに限っては両者が共通するが，「仮案」の間接正犯規定は「前四條ノ規定」（共同正犯，教唆犯，幫助犯，身分犯と共犯）に適用される反面，制定刑法の間接正犯規定は「教唆又は幫助の例により処罰する」場合に適用される点に両者は相違があると指摘する見解がある（신동운「간접정범의 본질에 관한 일 고찰」법률학의 제문제 [1988] 199頁以下）。

<sup>58</sup> 刑法43条【刑の宣告と資格喪失，資格停止】

「①死刑，無期懲役又は無期禁錮の判決を得た者は，次に記載する資格を喪失する。

公務員になる資格

公法上の選挙権と被選挙権

法律で要件を定めた公法上の業務に関する資格

宣告猶予や執行猶予などが「仮案」の総則篇と制定刑法の総則において規定されている。

以上、「仮案」の総則篇の規定と制定刑法の総則規定とを比較検討し、韓国刑法の制定過程における「仮案」の影響力を探ってみた。このような検討に対しては、単に規定の編成方法が類似し、同様な文言の条文があるというだけで、韓国の制定刑法が「仮案」の影響を受けたとすることには論理の飛躍があるという反論があるかもしれない。また、刑法草案理由説明書の立案の根本原則で述べられているように、ヨーロッパやその他の国々の刑法が参照された可能性もあるかもしれない。しかし、すでに指摘したところであるが、韓国刑法制定過程当時の時代状況を見ると、それまでに収集してきた外国の法典や法律（案）に関する資料は朝鮮戦争により大部分失われており<sup>59</sup>、その中で一刻も早く刑法を制定しなければならない状況であったので、全く法体系の異なる国の刑法典を主として参照したとは考え難い。また、総則篇の新設条文規定が、世界各国の刑法にみられる普遍的・一般的な内容の条文であれば、必ずしも

---

法人の理事、監事又は支配人、その他法人の業務に関する監査役や財産管理人となる資格  
②有期懲役又は有期禁錮の判決を得た者は、その刑の執行が終了あるいは免除されるまで、前項第1号ないし3号に記載された資格が停止される。但し、他の法律に特別の規定がある場合にはその法律による。」

<sup>59</sup> 刑法案第1読会で、刑法草案の責任者としてその内容を説明する過程で金炳魯は刑法制定過程の厳しさについて以下のように述べている。「わが国が残酷な事態を…6.25事変（朝鮮戦争：筆者注）を経て、その前に若干収集しておいた、その前の過政（過渡政府：筆者注）のときからその準備として外国法典、法律など、これらも若干準備しておいたものが全て紛失し、大部分が紛失し、…省略…個人所有で残されている文献を収集したのですが、やはり収集しきれなかった資料も沢山ありま（す）」。

「仮案」の影響であったとはいえないかもしれない。しかし、不能犯や間接正犯に関する規定、また資格停止と資格喪失<sup>60</sup>などの規定は普遍的規定とは思われない<sup>61</sup>。ここまで検討してきた内容を総合的に考慮すれば、韓国刑法の制定過程における「仮案」の影響力を否定することはできないであろう。

## 第5章 韓国刑法学の発展過程における日本刑法学との関係

韓国刑法の制定過程において「仮案」が広く参照されたことは、「仮案」の起草をなす刑法理論も制定刑法に影響を与えたことを推測させるものでもある。戦後の韓国の司法制度は、当初、約250名の法曹専門家により構築された。

当然のことながら、それでは人員的に到底十分ではなく、司法制度の運営は決して順調なものではなかった。そのため法律専門家の養成が積極的に行われたが、法曹養成と法律家採用に関するシステムも不備が多く、場当たりの特別採用や試験がまま行われた<sup>62</sup>。大学の法学教育とその制度にもきわめて不十分なものがあつた。1946年8月、米軍法令第102条により国立ソウル大学が設置され、(旧)京成法学専門学校と(旧)京成大学法文学部法学科が国立ソウル

---

<sup>60</sup> 資格喪失と資格停止に関する規定について、立法過程における改正刑法仮案との関係を分析した論文として、신동운「자격상실과 자격정지 형의 존재에 대하여」서울대학법학第47卷第4号(2006)200頁以下を参照。

<sup>61</sup> 不能犯と間接正犯規定について、金炳魯は、「ある国の刑法には条文がなかったり、別の国の刑法にはそのような条文があつたり、さらに別の国では、従来から学者らの学説の中でのみ争われていたりする」と述べている。신동운・前掲注(12)115頁。

<sup>62</sup> 韓国の法曹養成制度の歴史に関しては、이국운「한국의 법조인양성제도의 역사—로스쿨제도 이전—」저스티스第146号(2015)167頁以下、김창윤・前掲注(7)73頁を参照。

大学に統合された。その後、普成専門学校、延禧大学、恵化専門学校<sup>63</sup>などの私立大学で法学部が次々と開設されたが<sup>64</sup>、大学の教員が大幅に不足しており、韓国語の教科書もなかったため<sup>65</sup>、授業では日本の教科書が使われていたという状態であった<sup>66</sup>。当時の刑法学の最前線に立っていた学者の大半が日本刑法の教育を受けたことも、韓国刑法学が日本の刑法理論を中心として展開される一つの原因であったといえよう<sup>67</sup>。戦後8年目の1953年には韓国刑法が制定されたが、まだ韓国独自の刑法学が定立されない状況などにより、1970年代の初期まで韓国刑法学は日本の刑事判例や文献に多く依存する傾向をみせた。例えば、ドイツの刑法理論を導入する場合においても日本の文献などを通じた間接的な経路を取っている場合が多かった<sup>68</sup>。このようにして、韓国の法律学と実務は、戦後しばらく、日本の刑法学と実務の影響を受け続けていたのである。

以下においては、特に「因果関係論」を中心として韓国の刑法解釈論におけ

---

<sup>63</sup> 韓国の法学教育の歴史に関しては、김철수「서울대학교 법학전문대학원에 대한 검토: 회고와 전망」서울대학교 명예교수회보창간호(2005)45-46頁を参照。

<sup>64</sup> 이국운・前掲注(62)177頁。

<sup>65</sup> 最初の韓国語の刑法教科書は、黃聖熙編著『現行刑法要説』(1947)と推測されている。刑法定制までの教科書は、日本の教科書の翻訳書及び日本刑法の解説書であった(최관호「해방 후 한국전쟁 직후까지의 한국형법학의 방법론」일감법학第26号〔2013〕63頁)。

<sup>66</sup> 1956年に発刊された李建鎬教授の『刑法講義(総論)』教科書のはしがきには「本著の旧版が世上にでたのは1949年8月であった。当時は我が国が解放されてから間もなくであって韓国語の法律学教科書というのはほとんど見ることはできなかつた。このため、教授の講義は韓国語でなされたものの学生たちが主に依存するのは事実上日本語の教科書であった」と、当時の状況が述べられている。

<sup>67</sup> 김중원・前掲注(6)183-184頁。

<sup>68</sup> 오영근・前掲注(6)頁。

る日本の刑法学との関係性を概観することとする。

## 第1節 因果関係をめぐる理論の発展

制定刑法において新設された規定の中で「仮案」の規定を参考にして設けられたと思われる規定は、その規定を解釈する際に、「仮案」の刑法理論の影響を受けたことを容易に想像することができよう。これに対し、われわれの関心をひくのは、文言上は「仮案」の影響を受けていないようにみられる規定の場合における、刑法の解釈論での日本の刑法学の韓国の刑法学に対する影響である。ここでは「仮案」には規定がない、因果関係に関する規定をめぐる韓国の判例や学説の流れを概観しながら両者の関係に焦点を当てて検討を行うこととする。

先行行為と後行行為の間における原因と結果の関係を意味する因果関係の問題は、旧韓国刑法下においては、学説と判例に任されてきた<sup>69</sup>。刑法制定前の教科書では、因果関係について「因果関係は『甲』という現状なしには『乙』という現状もなかったという推理的条件関係を意味する」とし、「因果関係の有無は条件説により、因果関係の範囲は相当因果関係説による」と説明している<sup>70</sup>。その後、学説や判例において争いのある問題についてなるべく規定を新設することにより解決しようとする制定刑法の立法方針に基づき<sup>71</sup>、刑法17条

---

<sup>69</sup> 이건호 「형법제17조의 『위험발생』의 의미와 상당인과관계설」 형사법연구第17卷 (2002) 21頁。

<sup>70</sup> 심현상 『형법총론』 (1949) 80頁以下。

<sup>71</sup> 刑法案の第1読会が開かれた際、大法院長の金炳魯は、法典編纂委員会を代表して法典編纂委員会の任務、それまでの活動経緯、法典の起草趣旨などについて報告した。その中では、

に「いかなる行為であっても、罪の要素たる危険発生に連結しないときは、その結果発生により罰しない」とする因果関係規定が新設された。この規定は、日本刑法、ドイツ刑法、「仮案」のいずれにも存在しない規定である。しかし、当時の学界は、刑法17条規定を、行為と結果の間に因果関係がないと処罰できないという当然の原理を規定したものに過ぎないと評価する傾向があった。そのため、刑法17条が規定された後にも因果関係をめぐり、さまざまな解釈論が展開されたのである。しかし、因果関係を説明する際に「条件説」は、現行韓国刑法上、支持されえない。上記のとおり、韓国刑法は17条において、「いかなる行為であっても、罪の要素たる危険発生に連結しないときは、その結果発生により罰しない」と因果関係を規定している。すなわち、因果関係の判断において最も重要な要素は、「罪の要素たる危険発生に連結」しているのか否かであり、これは、結果発生が単に何らかの関係があることではなく、規範的な関連性を要求しているのである。そのため、因果関係は「法的」又は「規範的」なものでなければならず、単なる自然的・事実的因果関係を認める条件説は、刑法17条の規定からして適切ではないのである<sup>72</sup>。

---

条文の新設に関する内容もあった。「従来、ある国の刑法には条文がなく、別の国の刑法には条文があるということがありました。また、従来、学者らの学説においてのみ議論があり、したがって、その点についての判断が論者ごとにまちまちになる部分が残っているということがありました。そうした状況において、わが大韓民国刑法は、可能な限りそのような事項について法文に規定するという方針を立てて臨みました」とし、学説の対立を条文の新設を通じて解決しようとする立場を採っているように思われる。なお、このように、学説や判決理論にはあるが条文には特に設けられていないものを条文化した例として、因果関係、不能犯、独立行為の競合、不作為犯、被害者の承諾などが挙げられている。

<sup>72</sup> 윤용규 「인과관계의 이해와 판단척도」 『법치국가와 형법』 (1998) 186-1878頁。

当時の教科書も条件説の問題性を認識しており、刑法制定後から1970年代まで、因果関係に関する韓国の学界の多数説は、相当因果関係説<sup>73</sup>、その中でも、折衷的相当因果関係説であった。因果関係において相当因果関係説が多数説となった原因の一つとして、当時の刑法の立法者や学者が日本の刑法教育を受けており、当時の日本の通説であった相当因果関係説が参考にされたことが推測される<sup>74</sup>。1970年代からは、因果関係の外、客観的帰属理論に対する関心が高まった。このような変化を、韓国刑法学におけるドイツ理論の直輸入として評価する見解もある<sup>75</sup>。1970年代の中ごろ、刑法17条の解釈論として、合法則的条件説が紹介された<sup>76</sup>。ここでは、Engischの論文とJheringの教科書を引用し「構成要件実現の範囲の中で行為者は結果を惹起させたのかという経験的問題と、結果に対して客観的に帰責させるのかという規範的な評価を区別することとなり、またこのような区別は意味のあるものである。このように因果関係論は因果関係の確定の問題と刑法上の帰責の問題とに分かれることとなった」と説明し、客観的帰属の概念が紹介された。これまで関心の対象ではなかった客観的帰属論は<sup>77</sup>、1980年代後半から支持者が増え<sup>78</sup>、現在は、因果関係と客観

---

<sup>73</sup> 1956年発表された황산덕教授の論文では、相当因果関係説が判例と学界の多数説として紹介されている（황산덕「형법과 인과관계」법정第11卷第2号〔1956・2〕5頁）。同様の見解としては、金鍾根「정당방위・인과관계」경희법학第5卷（1963）234頁、손해목「인과관계론（下）」법정第26卷（1965）51頁などを参照。

<sup>74</sup> 刑法案の審議過程において因果関係の規定は特に異議なく通過したため、当時の因果関係に関する詳細な議論は明らかではない。

<sup>75</sup> 최준혁・前掲注（4）201頁。

<sup>76</sup> 심헌섭「因果関係の確定と合法則的条件説」考試研究（1957）50頁以下。

<sup>77</sup> 1988年発表された손해목教授の論文では、客観的帰属論に関して、「わが国の学者たちも

的帰属論を二元的にみて、前者は自然主義的条件関係として、後者はこのような条件関係を制限する評価帰属として理解する見解が多数説を占めている<sup>79</sup>。

## 第2節 因果関係論に関する判例の動向

一方、韓国の判例は、刑法制定後から現在に至るまで相当因果関係説を支持している。韓国大法院は、行為時における行為の危険性の判断について、一般人にとって結果の発生が予見可能か、という判断基準を採っているものと考えられる。例えば、被害者との口論中、被告人が被害者の顔面を殴打したが、被害者が一般人より肥大した心臓を持っており、殴打されたことで興奮し血圧亢進による脳出血が直接の死因となって死亡したという事案について、「顔面部は身体の中で最も重要な部位であり、他人の暴行に対して危険な状況にさらされており、手拳で3、4回殴打したぐらいの暴行とはいえ、不測の結果が発生する可能性は日常生活で体験できることであり、事実の錯誤を規定している刑法15条2項<sup>80</sup>の、その結果の発生を予見し得なかった場合に該当しないのが明白

---

従来は特に関心をもたなかったが、最近になって説明される方が増えている」と述べられている（손해목「객관적귀속론」형사법연구第1号〔1988〕68頁。同様の内容としては、정진련「인과관계와 객관적 귀속에 관한 연구」계명대학사회과학논총第5輯（1989）10頁。

<sup>78</sup> 이형국『형법총론연구1』（1989）202頁以下，정성근「인과관계와 객관적귀속」月刊考試174号（1988）23頁，심재우「형법상의 인과관계와 객관적귀속」考試研究（1983）33頁以下，김일수「인과관계와 객관적귀속（Ⅱ）」月刊考試161号（1987）12頁以下，신양균「인과관계와 객관적귀속（Ⅱ）」考試界355号（1986）99頁以下。

<sup>79</sup> 윤용규・前掲注（72）189頁。

<sup>80</sup> 15条【事實の錯誤】「①特別に重い罪となる事實を認識し得なかった行為は重い罪として罰しない。」



であるので、被告人の行為と死亡の間に因果関係がないと認めるのは不当であり、被告人の所為と死亡との間に具体的相当因果関係があると認めるのが妥当である<sup>81)</sup>とし、因果関係を否定した原判決を破棄した<sup>82)</sup>。この判例は、原判決の判断を検討する中で、因果関係に関する日本の判例を参照判例として挙げている<sup>83)</sup>。その後、大法院は、普段から高血圧であった被害者が被告人の暴行により転倒する際の衝撃で脳出血を起こして死亡したという事案<sup>84)</sup>のように、被害者の特異体質や持病と相まって結果が発生した場合についても、相当因果関係を認めている<sup>85)</sup>。

---

<sup>81)</sup> 大法院 1955年2月18日 4287형상194判決。この判決に対して、박정근教授は、大法院が「相当因果関係説」を採った判例として紹介しているが(박정근「인과관계」法政第24巻[1969] 49頁)，강정철教授は、これを判例が「条件説」を採ったケースとして説明している(강정철『형법총론』[1966] 429頁)。

<sup>82)</sup> 原審は、「被害者は脳出血を起こしやすい体質を持っていた者であり、脳出血を起こしたのは精神の興奮が極点に達したのが直接の原因であり、被告人の暴行は被害者の興奮の原因にすぎないため、被告人の暴行は社会的経験上又は常識上一般的な過程において本件被害者の死亡原因となったとは認められない」とし、被告人の暴行行為と被害者の死亡結果との間の因果関係を否定した。

<sup>83)</sup> 大法院は「原審は被告人の暴行は被害者の精神の興奮状況を起こした原因に過ぎないとしているが、暴行により脳出血が発生することも可能であり、仮に暴行が死亡の直接原因ではないとしても暴行により精神の興奮状況が起き、これにより脳出血が発生し死亡したのであれば、その間には法律上の因果関係を認めなければならない(日本大審院判例昭和4年41同昭和6年470同大正3年1579同明治43年1589同大正12年658同大正14年780昭和2年343昭和5年781同昭和6年365各参照)」とし、日本の明治から大正までの大審院判例を挙げているが、判例番号の表記方法が明らかではない。

<sup>84)</sup> 大法院 1967年2月28日 67도45判決。

<sup>85)</sup> 大法院 1979年10月10日 79도2040判決，大法院 1983年1月18日 82도697判決，大法院

そして、行為後に被害者の不適切な行為が介入して結果が発生した場合についても、「殺人の実行行為が被害者の死亡という結果を発生させる唯一の原因もしくは直接的な原因でなければならないというのではなく、殺人の実行行為と被害者の死亡との間に一定の事情が介在し、その事情が死亡の直接的な原因となったとしても、そのような事実が通常予見可能であれば、殺人の実行行為と被害者の死亡との間に因果関係があると認めるべき」だとし、相当因果関係を肯定している<sup>86</sup>。さらに、第三者の過失行為が介在し、それが直接の死因となった場合についても相当因果関係を認めている<sup>87</sup>。

---

1986年9月9日85㉔2433判決などを参照。大法院は「暴行行為をした時点において暴行から結果が発生することの予見可能性がある」とし、被害者の特異体質に関する認識に関しては言及せず、「相当因果関係」を認めている。一方、被告人が軽く被害者の頬を殴った場合や被害者の肩を強く捕まえて7メートルぐらい歩いた行為については死亡結果との間での因果関係を否定した。

<sup>86</sup> 大法院 1994年3月22日 93㉔3621判決。本判決の事実関係は次のとおりである。被害者は、被告人らにより鎌、鉄管や角材などで殴られ、病院に運ばれた。10日後に意識を回復し治療を受けていた被害者は、急性腎不全症により摂食を制限しなければならなかったにもかかわらず勝手に食べ物を食べ、それによって合併症で死亡したという事案である。大法院は、ここで被告人らの暴行行為と被害者の死亡結果の間に因果関係があると認めた。

<sup>87</sup> 被害者が被告人のオートバイから衝突されて道路で転倒した後、別の者が運転するトラックに轢過され死亡した事案において、大法院は被告人の過失運転と被害者の死亡結果との間の因果関係を認めた(大法院 1990年5月22日 90㉔580判決)。

### 第3節 小 括

上記のように、刑法の制定当時には韓国の判例と通説の両方が因果関係の問題について相当因果関係説を支持していた。その後、実務は一貫して相当因果関係説を支持したが、学説は相当因果関係説から客観的帰属論へと立場を変えたのである。学説のこのような変化が、刑法17条の規定、そして、従来の通説であった相当因果関係説に対する深い研究の上になされたのかについては疑問が残る。因果関係に関する学説の変化を、韓国刑法学の時代的变化の一つの例として説明する見解があった。韓国の刑法学は、戦前から日本の刑法学を学んで活動した第一世代（日本の刑法学の影響を受けた世代）から、第一世代の学者による教育を受けたものの、その後、ドイツやアメリカなどへ留学して研究を行った第二世代への世代の交代が起こり、これと共に、ドイツ刑法学の理論が直接的に継受されることとなった。因果関係については、最初は日本刑法の影響を受け相当因果関係説が採用されたが、その後、ドイツの理論を導入する過程において客観的帰属論が通説となったと説明するのである<sup>88</sup>。これは、同様に相当因果関係説が退潮の傾向にあるものの、相当性の判断基準の実質化・類型化の面での検討も進めてきた日本の学説とは大きく異なる動きであるといえよう。

すなわち、日本においては、相当因果関係説が通説を占める学説に対し、判例実務は、条件説に近いとされ相当因果関係説を採用していないとされており、両者の間には一定の距離があった。このような状況に変化をもたらしたのが、相当因果関係説を採用した場合、因果関係を認めるのが難しい事案について、

---

<sup>88</sup> 최준혁・前掲注(4) 200-201頁。

因果関係を肯定した大阪南港事件判決<sup>89</sup>であった。因果関係を認めた本判決の結論は、学説の立場からも妥当なものとして支持されるべきものであったため、本判決以降、日本学説において、実行行為の持つ危険性の大小や、結果発生に対する影響度の大小に関係なく、介在事情の異常性のみで因果関係を判断する、相当因果関係の判断枠組みの問題性が意識されるようになった。そこで、日本では相当因果関係の枠組みを維持しつつ、例えば因果経過および結果発生の態様をある程度まで抽象化し、その限りでは具体的な介在事情を度外視した上でその経験的通常性を判断する<sup>90</sup>など、その判断方法について修正を加える試みがなされてきたのである。

因果関係をめぐる判例と学説との対立における根本的な問題は、判例の採用する相当因果関係説の本質とその判断基準に関する立ち入った研究を行うことなく、ドイツにおける客観的帰属の理論を早急に取り入れたところにあると考えられる。客観的帰属論が学界において支配的な地位を占めると、相当因果関係説に関する研究はほとんどなされず、相当因果関係説に関する研究は、主に相当性の判断基礎（ないし判断基底）をめぐる見解の対立を紹介するレベルにとどまっている状況である。通説は、判例のいう相当性の判断基準が曖昧であることを指摘し、それが因果関係の肯定される範囲を拡大させると批判している。しかし、客観的帰属論による帰属可能性の判断もまた、それほど明確なものではなく、相当性の判断と比べたとき、実務での使用に耐えうるような形で統一的な判断基準を提示しているとはいえないと思われる。

---

<sup>89</sup> 最高裁決定平成2・11・20 刑集44巻8号837頁。

<sup>90</sup> 井田良『刑法総論の理論構造』（2005）55頁以下。

判例と学説とが相互に影響し合う健全な関係を構築するためには、規定を解釈する際にはその解釈の客観性が尊重されなければならない。このような客観性には、その規定の制定の背景をなす刑法理論の研究も含まれる。その意味で、韓国刑法において相当性判断の中核をなす「相当性」の内実とその判断方法に関する研究がほとんどみられないことには、注目する必要がある<sup>91</sup>。今後、法的因果関係論の行方について検討を行うことにあたって、生産的な理論と実務の関係を実現するためには、相当因果関係説の理論的内実とその射程、その判断基準の問題性と修正の可能性等について深く研究を重ねる必要がある。その際には、相当因果関係説に関する理論的研究にかなりの蓄積がある日本の学説が参考になると思われる。

## 第6章 結 語

以上、韓国刑法の制定過程において大きな影響を与えたと評価される「仮案」と制定刑法の関係を中心として比較法的観点から若干の考察を行ってきた。韓国刑法が制定された1953年は、日本ではすでに新しい憲法の下で刑法の改正作業が行われていた時期であった。「仮案」の持つ国家主義的・権威的な側面からの脱皮などを理由として日本では成文化されなかった「仮案」がなぜ韓国刑法の制定過程においては主たる参考モデルとされたのか、それは妥当であったか、仮案の規定をモデルとして制定されたと思われる韓国刑法の規定がその後どのように発展して定着したのかなども重要な研究の対象であると思うが、本

---

<sup>91</sup> 이용식 「상당인과관계설의 이론적의미와 한계」 서울대학법학第44卷第3号 (2003) 201—202頁。

編は、制定刑法規定における「仮案」の影響を明らかにするとともに、韓国の刑法学説と日本の刑法学説との関係に焦点を当てて検討するにとどめざるをえなかった。

まず、韓国刑法典に与えた「仮案」の影響を明らかにするにあたっては、制定過程において公刊された解説書、制定の理由を説明した刑法草案理由説明書及び刑法草案の審査過程を記録した国会の速記録、そして「仮案」の規定を主な参考資料とした。刑法草案理由説明書の立案の根本原則と「仮案」の指導理念の比較を通じて刑法典制定全体の流れにおける関係性を検討し、「仮案」の総則篇の規定と制定刑法の総則の規定を比較対照しつつ韓国刑法典成立に「仮案」が与えた影響を明らかにした。韓国の立法者は、新刑法典の制定にあたり日本の「仮案」を広く参考にした。その一方で、「仮案」には全くなかった規定が新設されたり、規定によっては「仮案」の規定を大きく修正する形で導入したと思われるものもあった。そうであるとしても、本編で可能な限りにおいて明らかにしようと努めたように、韓国刑法の制定過程において日本の改正刑法仮案が影響力を持ったこと自体については、——その程度に関しては議論があるとしても——これを否定する論者はいないであろう。

そして、因果関係の問題に対する学説と判例の検討を通じて、刑法学における日韓の関係を探った。韓国は、刑法の制定当時には判例も学説もともに、日本の影響を受けていたことが確認された。特に韓国刑法学の初期は、日本の刑法学の影響が強く、ドイツの刑法理論も日本の文献を通じて紹介されることが一般的であった。しかし、その後、ドイツの刑法理論を直接に導入するようになり、韓国の刑法学はドイツの刑法学の議論を中心として形成されることとなった。日本の刑法と刑法学の影響を受けて制定された制定刑法をドイツの刑法

理論により解釈しようとする動きは、学説と判例の対立という状況を招いた。誤解を避けるために、本編は、韓国刑法学がドイツ刑法理論の影響を受けたことの不当性を論ずるものではないという点を指摘しておきたい。ただ、今、韓国の学説と実務の間に生じている解釈論のギャップの原因の一つには、上述の状況があるのではないかと考えるのが本編における筆者の主張である。

刑法の解釈論を正しく展開するためには、その対象となる刑法がどのような理論的基礎の下、どのような過程を経て完成されたのかをまず考察しなければならない。したがって、「仮案」の影響を受け制定された韓国刑法典については、仮案の立案過程でなされた議論等がその規定の解釈に参考となるであろうし、韓国刑法典が独自の規定を設けた場合であっても、日本の刑法学の議論が（ドイツ学説における議論よりも）示唆を与える領域があるということも、本編においては確認できたように思われる。このような意味において、韓国刑法においては、日韓の比較研究が実り豊かな成果をもたらさしめる基盤が確固として存在しているといえるのである。

本編は、これから行われる日韓比較研究の前提として、日本刑法と韓国刑法の関係を検討し、両国の比較研究の意義や必要性を明らかとすることを目的とした。もっとも、「仮案」が韓国の制定刑法に具体的にどのような形で影響したのかを示すのみならず、その後の刑法と刑法学の発展についても不十分ながら明らかにしようと試みる過程の中で、韓国刑法典の制定過程でなされた議論や、その当時の学界の動向を客観的に分析するには資料が不足していることを実感せざるを得なかった。戦後、研究者が少なかったために刑法学の研究が十分に活発ではなかったことに加えて、朝鮮戦争のために資料もその重要部分が散逸したということも指摘しなければならない。また、韓国刑法制定に関する

資料の発掘作業及びその分析作業も行われているが、決して盛んとはいえない。本編では、第二次世界大戦前の韓国刑法と刑法学については触れておらず、戦後に制定された韓国刑法典についても、個別条文の詳細な検討という点ではきわめて不十分なものであり、触れることのできた規定もまた少なかった。これら不十分な点を補い、分析を深めることは、今後の課題としたい。

次編からは、ここで概観した日韓の刑法と刑法学の関係を踏まえて、過失論に関する両国の比較研究を進めていくこととする。



## 第2編

### 韓国における過失犯論の現状

—日本の過失犯論との比較を中心として—

#### 第1章 はじめに

韓国刑法14条<sup>1</sup>は、「正常の注意を懈怠する<sup>2</sup>ことにより罪の成立要素たる事実を認識し得なかった行為は法律に特別の規定がある場合に限り処罰する」と定め、過失についての明文の規定を置いている。ここでは、「罪の成立要素たる事実を認識し得なかった行為」とされており、「認識なき過失」だけを規定しているようにも見えるが、「認識ある過失」の場合もこれに含まれるとする点において見解は一致している<sup>3</sup>。この刑法14条は、1957年の韓国刑法制定時に新設された規定である。

このように、韓国刑法は過失概念につき明文の規定を設けており、日本刑法典において、故意に関する規定（日本刑法38条1項）の但し書に過失犯処罰の根拠が求められるのとは異なる。韓国刑法制定に関する資料では、従来、学説の争いがある理論的な問題については条文に明文の規定を置くという立法原則

---

<sup>1</sup> 本編において刑法とは、特別な言及のない限り韓国刑法典をいう。

<sup>2</sup> 原文では「怠慢」という用語が使われているが、文脈を考慮して「懈怠」の語を用いた。

<sup>3</sup> 이보영 「판례사인을 통해서 본 과실범의 체계적 구성——인식 있는 과실과 인식 없는 과실을 중심으로——」 호서대사회과학연구第30卷第1号（2011）81頁以下，윤종행 「과실범에서의 객관적 주의의무위반과 예견가능성·회피가능성」 충남대법학第39号（2008）78頁。

が明らかにされており<sup>4</sup>、過失規定も、このような立法原則に基づき新設されたものといえよう。とはいえ、韓国刑法13条からすでに過失犯処罰を導くことができるので、刑法14条は過失犯の解釈と適用において実践的な意味を持たない、単なる注意規定にすぎない（その点では、日本やドイツのように過失概念を定義する独自の規定のない刑法典におけるのと変わらない）と、評価する見解もある<sup>5</sup>。たしかに、先行する13条は、「罪の成立要素たる事実を認識し得なかった行為は罰しない。但し、法律に特別の規定がある場合には例外とする」とし、本文において故意について規定する<sup>6</sup>とともに、罪の成立要素たる事実を認識し得なかった行為は「原則的」に罰しないという故意犯処罰の原則を宣言している。その意味で、刑法13条と14条の規定は、「罪の成立要素たる事実を認識し得なかった行為」については、法律に特別の規定がある場合に限り処罰するという共通した意味内容を持っている。しかし、そうであるから

---

<sup>4</sup> 刑法案第1読会が記録されている国会定期会議速記録（1953. 4. 16）には、김병로(金炳魯)による刑法草案の提案理由に関する説明がある。その中で、「刑法総則編においては、犯罪に関する一般的観念、すなわち、犯罪成立に共通する総則的一般的観念において、従来、ある国には条文がなく、ある国の刑法にはそのような条文が設けられ、または、従来、学者らが学説だけでさまざまに争い、したがって、事後的判断が人情によって左右される理論状況が残っている今日の段階において、韓国刑法は、できる限り、そのようなものを法条で定めるという原則を立てました」と説明し、新設条文の例として、因果関係(17条)、不作為犯(18条)、独立行為の競合(19条)、自救行為(23条)などを挙げている。国会定期会議速記録については、신동운(申東運)『형법 제·개정자료집』(2009) 116頁以下を参照。

<sup>5</sup> 박재운『注釈刑法総則(1)〔第2訂版〕』(2011) 253頁, 김일수『韓国刑法Ⅱ:総論下〔改訂版〕』(1997) 381頁。

<sup>6</sup> 刑法13条は、「故意」という見出しではなく「犯意」という見出しの下に規定されており、厳密には、13条は罪の成立要素たる事実に対する「認識」そのものを規定するものであるとする見解として、정영일『刑法総論〔改訂版〕』(2007) 130頁, 임광주「형법적 의미의 고의개념」저스티스第34卷2号(2001)129頁以下を参照。

といて、過失概念の定義を明記した刑法14条は実践的な意味を持たない単なる注意規定にすぎない、と言いつることは適切ではないであろう。

刑法14条は、過失概念を、①正常の注意を懈怠すること（不注意）と、②構成要件的事実を認識し得なかったこと（不認識）という2つの要素で構成している。そこで、後者(②)の「不認識」は、故意と過失を区別する境界線となり、過失犯は、構成要件事実の不認識を前提としていることがわかる。ただし、故意犯が成立しないことで直ちに過失犯が成立するのではなく、過失が成立するための独自の要件を充たす必要がある<sup>7</sup>。その意味で、過失における最も重要な要素は、前者(①)の正常の注意を懈怠すること（不注意）である。過失犯は、事実を認識し得なかったことよりも、「注意を尽くせば予見できたにもかかわらず、注意を怠った」ため犯罪事実を認識しなかった点に核心がある。すなわち、刑法14条は、過失の本質的・独自の要素たる「正常の注意を懈怠すること」を明文で規定している点に意義がある。現在、韓国の通説・判例は、「正常の注意を懈怠すること」を「注意義務違反」として理解し、注意義務違反とは、「行為から生じうる保護法益に対する危険を予見して、その危険が構成要件結果として実現することを防止するために適切な措置を採る義務」の違反であるとする<sup>8</sup>。そして、韓国の過失犯論は、刑法14条の「正常の注意を懈怠すること」の内容と限界を解明することを主軸として展開されてきた。

上述のように、刑法14条は、「法律の特別の規定がある場合」に限り可罰的であるとし、過失が認められる場合でも、過失犯は明文の処罰規定がある場合のみ犯罪となることを定めている。ここでいう「特別の規定」の代表例が、失

---

<sup>7</sup> 윤종행・前掲注(3)77頁。

<sup>8</sup> 이호중「과실범의 예견가능성」형사법연구第11卷(1999)61頁。

火罪（170条），業務上失火・重失火罪（171条），過失爆発破裂罪（172条2項），過失溢水罪（181条），過失致死傷罪，業務上過失・重過失致死傷罪（266条，268条），業務上過失・重過失贓物故買罪（364条）等の刑法典上の過失犯処罰規定である。

過失犯として処罰するためには、「特別の規定」が必要であるという点に関し、学説は見解を一致している。ただ、「特別の規定」の文言との関係で、特に行政刑法の領域において、過失犯処罰の明文規定がなくても、条文の趣旨・目的からみて過失犯の処罰を認めることができるかどうかが問題となる。この点について、判例上さまざまな見解が見られる。①大法院のある判例は、「過失犯は、法律に特別の規定がある限り処罰し、刑罰法規の性質上、特別の規定は明文により明白・明瞭にすべきであると解するのが当然である<sup>9</sup>」とし、刑法14条は、刑法8条<sup>10</sup>により行政刑法にも適用されるが、但し、行政刑法に特別の規定がある場合にはその限りではない(8条但し書)ことから、法律に過失犯に対する特別の規定がない場合、過失犯処罰は否定されるとした。一方、②旧大気環境保存法違反に関する事案では、「上記の法の立法目的や諸般の関係規定の趣旨などを考慮すれば、上記の法第36条<sup>11</sup>に違反する行為、すなわち法定の排出許容基準を超える排出ガスを排出しながら自動車を運行する行為を処罰しようとする上記の法第57条第6号の規定(現在削除された規定:筆者注)は、故意

---

<sup>9</sup> 大法院 1983年12月13日 83ト2467判決。

<sup>10</sup> 刑法8条【総則の適用】「本法総則は、他法令に定められた罪に適用する。但し、その法令に特別の規定のある場合には例外とする。」

<sup>11</sup> 大気環境保存法36条【運行車排出許容基準】「自動車の所有者は、その自動車から排出される排出ガスが大統領令に定める運行車排出ガス許容基準(以下、「運行車排出許容基準」という)に適合する形で運行し、あるいは運行させなければならない。」

犯，すなわち，自動車の運行者とその自動車から排出される排出ガスが所定の運行自動車排出許容基準を超えたことを実際に認識しながら運行した場合は勿論，過失犯，すなわち運行者の過失によりそのような内容を認識し得なかった場合もまた処罰する規定であると解するのが相当である<sup>12)</sup>（下線は筆者）とし，立法目的や諸般の関係規定の趣旨などを考慮すれば，明文の規定がなくても過失犯の処罰は肯定できるとする判例もある。また，③「行政上の取り締まりを主眼とする法規であっても，明文規定のある場合，または解釈上過失犯も罰する趣旨が明確な場合を除いては，刑法上の(故意犯処罰の:筆者注)原則により，故意がある場合のみ罰し得る<sup>13)</sup>」（下線は筆者）とする判例もある。

以上のうち判例③の見解によれば，「解釈上過失犯も罰する趣旨が明確な場合」に処罰範囲を限定するので，判例②よりは処罰範囲が狭く，一方，明文の規定がなくても，解釈上過失犯も罰する趣旨が明確な場合も処罰を認めるので，判例①よりは，処罰範囲が広いといえよう。このように，判例が，特に行政刑法において，過失を処罰する明文がない場合にも過失行為を処罰するのは，さまざまな形の行政刑法のすべてについて過失処罰を明記することが立法技術上困難であるという現実的な理由と，大体の行政刑法においては法益侵害の軽重よりも行政目的達成にその主眼が置かれるので，違反行為が故意犯なのか過失犯なのかはそもそも大きな意味を持たないという点によるものと推測される<sup>14)</sup>。とはいえ，過失犯処罰を例外とする原則は，刑法典のみならず，その他の特別法や行政法規等においても妥当する一般原則である。したがって，たとえ行政

---

<sup>12)</sup> 大法院 1993年9月10日 92도1136判決。

<sup>13)</sup> 大法院 2010年2月11日 2009도9807判決，大法院 1986年7月22日 85도108判決。

<sup>14)</sup> 신동운『형법총론〔第8訂版〕』（2015）230頁。

刑法の領域であっても、法文に表れない立法趣旨等を根拠とする過失処罰は、罪刑法定主義の観点からみて問題を残しているといえよう<sup>15</sup>。

以上みてきたように、韓国は、刑法制定時に、過失の定義を明文において定め(刑法14条)、過失が「正常の注意義務を懈怠すること」を本質とすることを明らかにした。しかし、「正常の注意義務」という概念は明確ではないため、正常の注意義務の内容や判断基準をめぐるさまざまな議論が提起されている。現代の韓国において、過失犯に対する学説と実務の関心は非常に高く、特に、過失の共同正犯、信頼の原則、製造物責任等に関する研究が進められている。このような現状は、1970年代以降から次々と発生した、建設・医療・製造物・薬害等の領域における大規模の過失事故と密接に関係していると考えられる。

本論文もまた、大規模過失事故における刑事責任を、とりわけ過失犯の共同正犯論を中心として検討するものであり、本編では、過失犯の共同正犯論の検討の土台となる韓国の過失犯論を紹介・検討することとする。ただ、過失犯論に限ってみても、理論上・実務上の解決を迫られる多数の問題が広く存在しているため、それらすべてを取り上げるのではなく、今後の韓国における過失犯の共同正犯論の理論展開において重要な部分を中心として検討を行うこととする。その際、日本の過失論との比較検討を通じて、過失犯論に対する日本と韓国の理解の共通点と相違点を明らかにすることに力を注ぎたい。

---

<sup>15</sup> 日本においてこの点を指摘するものに、曾根威彦『刑法原論』（2016）334頁がある。

## 第2章 過失の体系的地位に関する学説の変遷

犯罪体系論の確立が刑法学の主な関心の対象となっていた20世紀中盤まで、過失と故意の体系的地位をめぐる論争は激しい様相をみせた。このような論争は、当時の行為論の議論とその軌を一にするものでもあった<sup>16</sup>。20世紀の後半に入り、行為論と犯罪体系論をめぐる議論の熱りが冷めるとともに、過失の体系的地位をめぐる論争も衰えをみせた<sup>17</sup>。今では、過失の体系的地位に関する論争は、理論刑法学の体系的完全性を築くための形式的な議論に過ぎないと批判する声もあるが<sup>18</sup>、それでも、過失の体系的地位に関する学説の変遷過程を概観することは、韓国刑法学における犯罪体系論の展開を概観することになり、ひいては過失の体系的地位や犯罪体系論に関する日・韓両国の理論変遷過程を比較する際にも重要な意味を持つと思う。そこで、以下においては、過失の体系的地位に関する学説の変遷を3つに分けて整理した上で、少数説として登場している「客観的過失無用説」をめぐる議論も加えて検討を行うこととする。

### 第1節 責任要素としての過失

犯罪の客観的要素は不法の領域に、主観的要素を責任の領域に配置する古典的犯罪体系の下では、過失は、故意と同様に「責任の形式ないし種類」として理解された。古典的犯罪体系の理論的基礎となる因果的行為論・因果的違法論

---

<sup>16</sup> 김일수·前掲注(5) 402頁。

<sup>17</sup> 박재윤·前掲注(5) 255頁。

<sup>18</sup> 배중대『형법총론〔第12版〕』(2016) 655頁。

に対応する責任は、すべての主観的な状態を統合する精神的・心理的な状況を意味する心理的責任論であった<sup>19</sup>。一方、行為は「有意的な身体動作により外部世界に変化を惹起させる人間の行為」として理解され、もっぱら客観的要素であった。したがって、有意的な身体動作により法益侵害的な結果が惹起されたのであれば、構成要件該当性と違法性は認められ、責任の段階で、故意が否定される場合に限り、過失が検討されることとなる<sup>20</sup>。行為が法益侵害結果を因果的に惹起すれば、その行為は違法であり、結果の発生を予見できるように精神を集中させるべき注意義務を怠ったこと（注意を欠いたこと）をその本質的な内容とする過失は、故意とともに、責任要素ないし責任類型となる。法益侵害結果を認識している故意は重い責任、法益侵害に対する認識はなかったが、認識可能性（予見可能性）があった過失は、軽い責任とされる。すなわち、故意と過失は、行為としては同様のものであり、両者は責任の領域で区別される。このように過失犯の検討をもっぱら責任論において行い、責任要素として過失を捉える見解を韓国でも「旧過失論」という<sup>21</sup>。旧過失論は、故意犯と過失犯とをパラレルに理解するところに特色があった。また、この体系下での過失は、構成要件実現の認識可能性の範囲内においての行為者の認識欠如という消極的な意味を持つ<sup>22</sup>。そこで、故意は原則的な責任形式であり、過失は例外的な責任形式であると理解されたのであった<sup>23</sup>。

---

<sup>19</sup> 조상제 「형법상 과실의 개념과 체계적 정서」 『법치국가와 형법』 (1998) 311頁。

<sup>20</sup> 남홍우 『형법강의(총론)』 (1965) 205頁, 김일수 「과실이론의 새로운 지평」 고시연구第18卷 (1991・4) 52頁。

<sup>21</sup> 신동운・前掲注 (14) 233頁。

<sup>22</sup> 조상제・前掲注 (19) 312頁。

<sup>23</sup> 남홍우・前掲注 (20) 205頁, 백남억 『형법총론』 (1960) 175頁。



ただ、過失を責任要素として把握する理解は、新古典的犯罪体系下においてもなお支持された。新古典的犯罪体系での責任の内容は、行為者の義務違反的意思の形成に対して行為者を非難することができるかどうかという規範的評価である（規範的責任論）。新古典的犯罪体系の下で過失の責任要素は、結果発生に対する認識の欠如という消極面よりは、行為者が注意義務を履行する過程で現れた不注意な態度として理解される。新古典的犯罪体系下での過失は、体系面からみると、古典的犯罪体系と同様に責任の領域に位置づけられるが、その内容面において相違がある。すなわち、古典的犯罪体系における過失は、責任のすべての要素を含む、単なる心理的・精神的概念に過ぎないが、新古典的犯罪体系における過失は、注意義務の履行に関する不注意という規範的性格を有するものなのである<sup>24</sup>。

以上のように、過失を責任要素とする理解に対しては、以下の点において批判が加えられた。まず、構成要件や違法性の段階において故意と過失を区別することが困難な点が指摘された。例えば、旧過失論においては、ある行為により死亡の結果が発生した場合、それが（故意）殺人であるか、それとも、傷害致死、あるいは過失致死であるかは責任段階に至るまで確定できない。すなわち、死亡の結果に対して故意があったのか、単なる傷害の故意であったのか、あるいは過失であったのかは、責任段階において確定されるまで明らかにならず、構成要件該当性判断の段階ではいずれの犯罪であるかが確定することが不可能であるという問題が生じる<sup>25</sup>。これに関して、構成要件ないし不法の本質は、行為の主観的・心理的側面を考慮せずには把握できないのではないかと指

---

<sup>24</sup> 김성환 「과실의 체계적 지위에 관한 일고찰」 목원대법학연구第1卷（1993）215頁。

<sup>25</sup> 김중원 『목적적 행위론과 형법이론』（2015）147-148頁。

摘されるのである。

また、法益侵害の結果が発生したのであれば、たとえ行為者が相当な注意を払ったとしても、その行為を違法な行為と評価しなければならないという難点も指摘された。例えば、甲が制限速度や前方注視義務などの行為準則を守りながら車を運転している際に、自殺を図り甲の運転する車の前に飛び出した乙を避けることができずそのまま轢き、乙が死亡したとしてみよう。旧過失論では、法益侵害だけでは結果の回避が可能であったのかそうではないのかを区別することができず、結局、不可抗力の場合と過失がある場合とを違法性の段階で区別することができない。甲の運転行為が乙の死亡結果を因果的に惹起させた以上、甲の行為を違法なものであると評価しなければならないが、ただ、結果の予見可能性がないことから、責任が否定されるにすぎないことになる。しかし、注意義務を遵守しながら運転した甲の行為を違法な行為と評価するのは、法律を守る行為を、法により禁じられる行為として評価するものであり、これは法秩序内に矛盾を生じさせるものといえよう。

そこで、旧過失論は、こうした結論を避けるため、「許された危険」の法理による解決を図った。許された危険の法理は、人の生命や健康維持などを目的とする医療の分野、交通機関の利便性などに関係する交通の分野、社会の発展のための建設の分野などにおいては、法益を侵害する可能性が高いことが予想される行為であっても、人類の技術発展や現実的な必要性から、許される場合があるという考えに基づく。行為者が客観的注意義務を果たした以上、その行為により生じた結果に関しては、責任が否定されるのではなく違法性が否定されると考えるべきことになる。しかし、許された危険の法理は、たとえある構成要件的结果が発生したとしても（結果無価値が肯定されても）、適切な危険

予防措置を採っていたのであれば（行為無価値が否定されれば）適法であるとする考え方であり，行為無価値論を理論的前提とするものである。一方で法益侵害の惹起を構成要件該当事実と同一視し，結果無価値論を根幹とする旧過失論を採りつつ，他方で許された危険の法理を用いることは，内在的矛盾をはらむものであると考えられる。さらに，責任無能力者の過失なき結果発生に対しても，一応違法性が認められるので，旧過失論によるとき，そのような場合でも行為者に保安処分（例えば，治療監護法2条における治療監護）が可能となってしまうという理論的難点も指摘された<sup>26</sup>。

## 第2節 構成要件要素としての過失

そこで，過失を責任要素と把握する見解に対し，目的犯犯罪体系（フィナリスムス）に立脚し，過失を構成要件要素として把握する見解が台頭してきた。この見解は，結果無価値論の不合理性を指摘し，過失の本質を社会生活上要求された注意義務に違反したことにありとし，行為無価値論を理論的基礎とするものである。過失不法の本質は，法益侵害の結果発生にあるのではなく，その結果に至るまでの行為態様にある。目的犯行為論を理論的前提として，故意犯の構成要件該当性は「行為意思により構成要件的结果を實現したこと」から導くことができる。これに対し，過失犯の場合，過失行為は「一定の目的を設定し」て行われる行為ではないため，存在論的アプローチから過失を説明することはできない。そこで，目的犯行為論者は，規範的観点から，構成要件結果発

---

<sup>26</sup> 임용『刑法總論〔第7訂版〕』（2015）523頁。

生に至るまでの行為者の「目的的行為の遂行態様」に注目した<sup>27</sup>。すなわち、行為者が、社会生活上において一般的に守らなければならない注意義務に違反したことに過失不法の本質があると説明するのである<sup>28</sup>。その意味で、この見解では、客観的注意義務違反が過失の内容をなすことになる。そして、故意犯と過失犯とは、構成要件該当性・違法性の段階で区別される。目的犯の犯罪体系においては、構成要件は違法性を徴表するものとして把握されるので、故意・過失は不法を根拠づける要素でありつつ構成要件要素になるのである<sup>29</sup>。

過失を構成要件要素とするこのような理解に対しては、以下のような批判が加えられた。目的犯の犯罪体系においては、純粹な規範的責任概念が強調されるため、故意と過失とが責任の領域から完全に放逐されることとなる。そのため、行為者が注意義務を遵守することができるのかどうかとは関係なく、過失責任を認めざるを得ないという点が指摘されるのである<sup>30</sup>。また、過失犯の主観的構成要件が欠如することで、故意犯との体系的統一性において歪みが生じることを指摘する見解もあることが注目される<sup>31</sup>。

---

<sup>27</sup> 신동운·前掲注(14) 234頁。

<sup>28</sup> 황산덕『형법총론〔第7訂版〕』(1986) 127頁。

<sup>29</sup> 배종대·前掲注(18) 656頁。なお、日本における議論であるが、このような見解は、過失犯の本質を法益侵害の発生という結果の面からではなく、社会生活上必要な注意を怠ったという行為面から把握しようとするところにその特色があるとの指摘がある。曾根·前掲注(15) 335頁。

<sup>30</sup> 정성근/정준섭『형법강의 총론〔第8訂版〕』(2016) 339頁。なお、これも日本における議論であるが、このような結果は、当初の意図とは反対に、結果責任に接近する危険をはらんでいるとの指摘がある。松原芳博『刑法総論〔第2版〕』(2017) 280頁。

<sup>31</sup> 조상제·前掲注(19) 314頁。

### 第3節 構成要件要素と責任要素としての過失

#### (過失の二重機能説)

現在の韓国の多数説は<sup>32</sup>、過失を客観的構成要件要素であると同時に主観的責任要素でもあるとする。この見解は、新古典的犯罪体系と目的的犯罪体系を総合した立場（新古典的・目的的犯罪体系）に基づき、故意と同様に、過失についても、構成要件的過失と責任過失との2つを認める<sup>33</sup>。新古典的・目的的犯罪体系は、フィナリズムによる存在論的行為概念を否定するものの、フィナリズムの重要な体系的成果といえる、故意と過失を構成要件要素として把握する理解はそのまま継受する。そして、客観的注意義務違反は構成要件要素、主観的注意義務違反は責任要素とする<sup>34</sup>。前者が構成要件的過失、後者は責任過失である<sup>35</sup>。注意義務違反の判断にあたり、構成要件段階においては、一般通常人の平均的能力を、責任の段階においては、行為者の個別的知識や能力を判断基準とする。そのため、構成要件段階で客観的注意義務違反が否定されると、過失犯の構成要件該当性がすでに否定される<sup>36</sup>。ただし、行為者が特別な注意能力を有する場合には、「例外的」にそれを構成要件該当性の判断において考慮しなければならない。「過失の二重機能」を認めるとき、一般的・客観的には結果回避が可能であったとしても、行為者の能力ではそれが不可能であ

---

<sup>32</sup> 임용・前掲注(26) 520頁, 조상제 「과실범론의 체계적 재구성」 형사정책연구第18卷第3号(2007) 52頁, 정성근/정준섭・前掲注(30) 340頁, 윤종행・前掲注(3) 90頁。

<sup>33</sup> 김일수・前掲注(20) 54頁, 이보영・前掲注(3) 86頁。

<sup>34</sup> 김일수・前掲注(20) 54頁, 김성환・前掲注(24) 271頁。

<sup>35</sup> 김성돈 『형법총론 [第4訂版]』 (2015) 491頁。

<sup>36</sup> 서보학 「과실범에 있어서 주의의무위반의 체계적 지위와 판단기준」 형사법연구第15号(2001) 24頁。

ったと判断される場合、その責任を問うことができない。したがって、過失犯が成立するためには、客観的注意義務違反と主観的注意義務違反の両方が必要となる<sup>37</sup>。この見解は、客観的過失と主観的過失という二重のハードルを用いて過失犯の成立範囲を段階的に制限しようとするところに特色がある<sup>38</sup>。

こうした通説の見解に対しては、以下のような批判がなされている。まず、過失犯には、故意犯に対応するような「主観的構成要件」が存在しないことが指摘されている<sup>39</sup>。構成要件的過失の内容が客観的注意義務違反であるならば、行為者の結果に対する予見可能性や回避可能性が構成要件の段階では考慮されないことを意味する。そのため、行為者が一般通常人と比べて特別な知識や能力を有している場合、構成要件の段階で矛盾が生じうるとされる。特別な知識を有する者が、自身の能力より低い、一般通常人の注意義務を果たした場合、行為者は客観的注意義務を果たしたので、構成要件段階における注意義務違反は認められないことになってしまう<sup>40</sup>。しかし、上述のとおり、多数説も、行為者の特殊な能力や知識は、例外的に構成要件該当性の判断段階で考慮している。この点に矛盾があるとされるのである。

次に、行為者に結果の予見可能性と回避可能性がない場合、責任過失が否定される点について、行為者に予見可能性と回避可能性がないからといって、直ちに責任が否定されるわけではないという指摘がある。なぜなら、予見可能性や回避可能性のない状況に陥らないために要求される前提条件（一定の知識や

---

<sup>37</sup> 배종대·前掲注(18) 656頁。

<sup>38</sup> 신동운·前掲注(14) 235頁。

<sup>39</sup> 이용식「과실범이론의 변화에 관하여」서울대학교 법학第44卷第2号(2003) 234頁。

<sup>40</sup> 신동운·前掲注(14) 234頁。

能力)が備わっていないにもかかわらず、そのような状況に陥ってしまうような行為に踏み切った場合、責任が認められうるからである<sup>41</sup>。さらに、過失の二重機能を認める見解に対しては、それが判断基準の実質的な側面からみると、古典的な一元論とそれほど差が生じないという点も指摘される<sup>42</sup>。

#### 第4節 その他（客観的過失無用説）

上述のように、現在の韓国の多数説は、過失を客観的過失と主観的過失とに分け、前者を構成要件要素として、後者を責任要素として位置づける見解を採っている。多数説における構成要件的過失は、客観的注意義務違反があるときに肯定される。これに対し、近時、客観的過失の無用性を主張する見解が有力に主張されている。

この見解は、多数説のいう注意義務の判断基準に対し疑問を提示する。すなわち、注意義務違反の判断において、平均人ないし一般人を想定し、そのように想定された架空の知識や認識能力を判断基準として行為者の行為を判断することは有意味なものではないとし、むしろ、個別行為者自体に焦点を当てて、当該行為者の能力に照らし、注意義務違反の有無を判断する方が適切ではないのかという問題意識に立脚する<sup>43</sup>。この学説は、客観的過失は、過失の要素ではなく、客観的帰属の基準の一つとしての客観的構成要件要素であり、主観的

---

<sup>41</sup> 이용식・前掲注(39) 234頁。

<sup>42</sup> 정혜욱「과실의 개념에 관한 연구」중앙대학교 법학논문집第36輯第1号(2012) 211頁。

<sup>43</sup> 이용식・前掲注(39) 236頁。

過失のみが過失の本質的要素であるとする<sup>44</sup>。また、多数説のいう過失の二重機能は、故意の二重機能とは異なるとし、故意犯と過失犯との体系的統一性に関する問題を指摘している。故意犯の場合、構成要件要素としての故意と、責任要素としての故意とは、行為の実体としては区別されない。主観的構成要件要素としての故意と、責任要素としての故意は、法益侵害の結果発生に対する認識および認容があったという点からみると、まったく同様のものである。ただ、それが構成要件要素として故意になる場合と、責任要素として故意になる場合、その意味合いにおいて区別されるだけである。言い換えれば、それは、故意という1つの同一の事態を違った方向からみているにすぎない。しかし、多数説の理解によれば、構成要件的過失は客観的過失を、責任過失は主観的過失を指し、その意味で両者は最初から区別されており、過失の二重機能と故意の二重機能とは相互に異なっている。この点において体系的な統一性において歪みが生じていると批判されるのである<sup>45</sup>。また、刑法上、故意犯において「客観的故意」という観念が存在しないように、過失犯においても「客観的過失」概念は不要であると批判する見解もある<sup>46</sup>。

このように、客観的注意義務違反の役割と地位に変化を生じさせようとする傾向は、客観的帰属論と密接に関係しているといわれる<sup>47</sup>。「客観的過失無用

---

<sup>44</sup> 김일수・前掲注(20) 51頁以下, 윤종행・前掲注(3) 81頁, 김성환「과실의 체계적 지위에 관한 일고찰」『형사법학의 현대적 과제』(1993) 158頁, 안경옥「과실범의 체계와 예견가능성」『한국 형사법학의 새로운 지평』(2001) 121頁, 정혜옥・前掲注(42) 212頁, 조상제・前掲注(32) 52頁, 김성환・前掲注(24) 454頁。

<sup>45</sup> 박재윤・前掲注(5) 258頁, 조상제・前掲注(32) 53頁。

<sup>46</sup> 조상제・前掲注(19) 330頁。

<sup>47</sup> 서보학「과실범의 주의의무위반과 객관설・주관설의 논쟁」『한국형법학의 새로운 지



説」の中でも、体系構成に関する詳細についてはいくつかの見解が主張されている。具体的には、(1)客観的注意義務違反は、故意と過失に共通する客観的帰属の基準の1つであり、主観的注意義務違反が過失犯の主観的構成要件要素であるとする見解<sup>48</sup>（以下、(1)説とする）、(2)客観的注意義務は故意と過失に共通する客観的帰属の基準の1つであり、主観的注意義務違反は過失犯の主観的構成要件でありながら同時に責任要素でもありとし、主観的過失の二重機能を認める見解<sup>49</sup>（以下、(2)説とする）、(3)主観的過失の二重機能を認めながら（この点では(2)の見解にしたがいつつ）、客観的過失も過失犯の客観的構成要件要素として注意義務違反の判断基準であるとする見解<sup>50</sup>（以下、(3)説とする）などがある。これらの各見解に関しては、以下において簡単に紹介・検討を行うこととする<sup>51</sup>。

---

平』(2006) 171頁。

<sup>48</sup> 김성돈 「과실개념에서 주의의무위반과 예견가능성」 형사정책연구第6卷第4号 (1995) 179頁, 김성환・前掲注(44) 158頁。

<sup>49</sup> 김일수・前掲注(20) 51頁以下。

<sup>50</sup> 이용식 「과실범에 있어서 주의의무의 객관적 척도와 개인적 척도」 서울대법학第39卷3号 (1998) 60-62頁。

<sup>51</sup> 同様に、日本において、客観的注意義務論を用いなくても、客観的帰属論のみで過失構成要件該当性を論じることは可能だとしている見解としては、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』(2015) 393頁がある。

(1) 客観的注意義務違反は故意と過失に共通する客観的帰属の基準の1つであり、主観的注意義務違反が過失犯の主観的構成要件要素であるとする見解

(1)説は、客観的注意義務違反を社会的に容認される危険の限界（いわゆる許された危険）の確定に関わるものに過ぎないとする。例えば、道路交通規則上の注意規定<sup>52</sup>に違反すると、（大部分の場合）許された危険が認められる。しかし、注意規定に違反したからといって、直ちに過失が認められることにはならない。注意規定に違反したとしても、構成要件事実実現の客観的な予見可能性が欠如する場合には過失は認められないからである<sup>53</sup>。一方、注意規定を遵守したとしても、具体的な場面において結果発生の予見可能性が認められる場合には過失が認められる。このように、道路交通規則などの注意規定は、故意犯と過失犯との両方に適用される許された危険の限界に関する間接的な基準にすぎず、客観的注意義務違反を過失独自の中核的概念とすることはできないとする<sup>54</sup>。そこで、客観的注意義務違反を空虚な概念にすぎないと指摘して客観的過失概念の無用性を主張するのである<sup>55</sup>。

(1)説は、具体的な状況における客観的注意義務違反の判断はすべて結果と因果関係に対する予見可能性により確定されると主張する<sup>56</sup>。そして、過失の二重機能を認める多数説に対し、同説が主観的要素たる故意は主観的構成要件

---

<sup>52</sup> ここでいう注意規定とは、「行為者に対して適用される注意義務の種類や程度などを法律、命令、規則などで定めたもの」を意味する。注意規定に関する詳細は、本編の第3章第1節を参照。

<sup>53</sup> 이용식・前掲注(39) 240頁。

<sup>54</sup> 윤종행・前掲注(3) 83頁。

<sup>55</sup> 조상제・前掲注(19) 326頁。

<sup>56</sup> 이용식・前掲注(39) 240頁。

要素として位置づけるのに、過失の場合には、主観的要素たる結果発生に関する認識の問題を責任要素として扱うのは矛盾である、と批判する。その上で、故意犯との体系的な統一性を図るために、過失を「主観的予見可能性」とし、これを主観的構成要件要素とすべきであると主張する<sup>57</sup>。このような見解を採用することによって得られるメリットとしては、一般人以上の特殊な能力を有する行為者が自分の能力の程度で対応すれば法益侵害の結果発生を防ぐことができたにもかかわらず、一般通常人の注意義務しか果たさなかったため結果が発生した場合において過失不法を認めうることを挙げている<sup>58</sup>。しかし、上述の箇所でも検討したとおり、多数説も行為者の特殊な能力は「例外的」に構成要件段階で考慮している<sup>59</sup>。また、行為者の特殊な能力の問題は、そのような能力を有する者に対する特別な生活領域を設定し、客観的注意義務違反を検討すれば解決すると考えることもできよう<sup>60</sup>。

(1)説に対しては、以下の点において批判が加えられた。まず、この見解は、多数説によると、注意規定に違反すると直ちに過失が認められるということを前提にしている。たしかに、社会生活上、一定の危険行為を行うときに守らなければならないルールは、道路交通法のような法律の規定として成文化されているため、それが注意義務違反の判断において重要な役割を果たしている。しかし、注意規定自体は行政法上のルールであり、直ちに刑法上の行動基準と同一視されるものではない。多数説も、法益侵害の危険の程度や重要性などを考

---

<sup>57</sup> 조상제·前掲注(19) 329頁。

<sup>58</sup> 조상제·前掲注(32) 58頁, 정혜욱·前掲注(42) 214頁。

<sup>59</sup> 이재상/장영민/강동범 『형법총론』(2017) 188頁, 박상기 『(총론 각론 강의) 형법학』(2016) 191頁。

<sup>60</sup> 이용식·前掲注(39) 239頁。

慮し、その行為が許された危険行為であるのかどうかを判断しているのである。また、注意義務違反の判断の中核をなすのは客観的予見可能性であるとする(1)説の主張についても、多数説が注意義務違反を検討する過程で行う、行為の危険性判断とその内実が異なるものではない。むしろ、(1)説は、注意義務違反の判断における「結果回避義務」の側面を度外視している点に問題がある<sup>61</sup>。さらに、故意犯と過失犯は異なった犯罪類型であるので、必ず両者を体系的に一致させなければならないのではないということも指摘されているところである<sup>62</sup>。

**(2) 客観的注意義務は故意と過失に共通する客観的帰属の基準の1つであり、主観的注意義務違反は過失犯の主観的構成要件でありながら責任要素でもあるとする(=主観的過失の二重機能を認める) 見解**

(2)説は、客観的過失を客観的帰属の基準の1つとし、主観的過失だけが過失の本質的要素であるとする見解(上記の(1)説)に対して、主観的注意義務違反を責任の領域から主観的構成要件要素へ移行させたことにより、責任の領域には単なる責任能力と違法性の意識(の可能性)という要素だけが残存することとなり、責任概念の空洞化を招く恐れがあると批判した<sup>63</sup>。そこで、(2)説は、故意と過失との間の体系的な平行性を維持しながら、不法と責任に対して二重の意味を有するためには、過失概念を主観的過失という意味に絞らなければならないとする。(2)説によれば、刑法上の過失は、客観的過失を除い

---

<sup>61</sup> 이용식·前掲注(39) 241頁。

<sup>62</sup> 윤종형·前掲注(3) 84頁。

<sup>63</sup> 김일수·前掲注(20) 55頁以下。

た主観的過失のみを意味することとなる。この見解は、多数説のように主観的過失を責任要素としてのみ捉えると、特に認識ある過失の場合、体系の一貫性に歪みが発生することを指摘した。すなわち、結果発生に対する予見が故意犯の場合には構成要件要素として捉えられるのに、認識ある過失の場合には責任要素として捉えられてしまうという矛盾が生じるというのである<sup>64</sup>。そこで、体系的統一性を維持するためには、故意犯において、故意が構成要件要素であり、責任要素であるのと同様に、過失犯において、主観的過失は主観的構成要件要素であり、かつ責任要素であるという二重の機能を認めなければならないと説くのである。

(2)説に対しては、故意と過失の二重の機能を認める新古典的・目的犯罪体系を正確に理解しておらず、故意と過失との本質的な差異に関する考慮がなされていない、とする批判がある。故意の二重機能を認める説は、故意は、法益侵害の実現意思として構成要件の故意であるとともに、行為者の心情無価値を示すものとして責任故意でもある<sup>65</sup>。それと同様に、過失の場合においても、構成要件の過失と責任過失とに分類され、客観的過失が構成要件の過失であり、主観的過失が責任過失とされるのである。そこで、(2)説のように、主観的過失を構成要件要素とし、構成要件の段階から個人の主観的特殊性を考慮するとき、不法と責任の混交を招く恐れがあると批判されるのである<sup>66</sup>。

このような指摘に対し、(2)説の側から以下のような再反論がなされた。まず、構成要件該当性判断の段階から個人の主観的特殊性を考慮することに対す

---

<sup>64</sup> 김일수·前掲注(20) 62頁。

<sup>65</sup> 이형국「합일태적 범죄론 체계」고시연구149号(1986) 143-152頁。

<sup>66</sup> 윤중행·前掲注(3) 88頁。

る指摘は、「不法は常に客観的基準によって決められる」という命題が成立する限り妥当である。しかし、不法の構成要件においては、むしろ主観的・客観的側面を一緒に考慮すべきである。故意の場合、不法の判断において客観的要素と主観的要素がすべて考慮されており、過失不法の場合だけ主観的要素を排除しなければならない合理的な根拠はないというのである<sup>67</sup>。また、不法と責任の混交を招く恐れがあるとする指摘に対しては、主観的過失は主観的認識可能性であり、責任過失は責任能力上の弁別能力や制御能力を要素とするため、両者は区別されることになり、主観的注意義務違反を構成要件要素としても不法と責任の混交を招くわけではないという反論が展開された<sup>68</sup>。

以上のような(2)説の基本的考え方に対しては、次のような批判もある。客観的故意と主観的故意という概念が別個にあるのではなく、具体的状況における行為者の知的・意思的要素が、構成要件要素としての故意と責任要素としての故意と分けられるものであるところ、具体的な状況における過失、すなわち注意義務違反の判断は、行為者の主観的認識等のみならず、行為者の行為に対する客観的評価の側面もあり、客観的要素と主観的要素の両方を対象としているといえ、それは故意と過失の本質的差異に基づくものである。したがって、故意犯の場合、構成要件要素に故意という主観的要素があるから、過失犯の場合も構成要件要素から主観的要素を排除してはならないという主張は、故意と過失の本質的な差異を考慮していない主張であるというのである<sup>69</sup>。

---

<sup>67</sup> 김일수·前掲注(20) 64頁。

<sup>68</sup> 김일수·前掲注(20) 63-64頁。

<sup>69</sup> 윤중행·前掲注(3) 88-89頁。

### (3) 主観的注意義務違反の二重の地位を認めながら、客観的注意義務違反も過失犯の客観的構成要件要素とする見解

(3)説も、過失犯の構造を再構成しようとする他の見解と同様に、故意犯と過失犯の構造的同一性を前提としている。ただ、過失が二重機能を有する点においては、多数説と見解を同じくする。(3)説も、多数説と同じく、客観的注意義務違反を構成要件要素として把握するが、主観的注意義務違反を構成要件要素と責任要素という2つに分割して把握する点においては、多数説と異なるのである。

(3)説は、多数説が主観的過失をもっぱら責任要素とするのに対して、主観的過失を構成要件要素であり、同時に責任要素でもあると解する。本見解を主張する이용식(委用植)は、注意義務の基準を設定する際には、客観的基準と主観的基準の両方を考慮することが妥当であるという。ここでいう、客観的基準と主観的基準の考慮とは、客観的構成要件要素と主観的構成要件要素の符合という伝統的意味のそれを指すのではなく、構成要件該当性の客観的要素と主観的要素が充足されたのかを判断することを意味するという。(3)説によれば、客観的注意義務違反か主観的注意義務違反の中で、それらのうちのいずれかがあれば過失の構成要件該当性が認められる。例えば、特殊な能力を有する人が、一般通常人の注意義務には違反していないが、行為者を基準とする主観的注意義務には違反したという場合、過失の構成要件該当性が認められる。また、一般通常人の注意能力を下回る者が行為者の場合で、主観的注意義務違反はなかったが、客観的注意義務違反があった場合にも同じく構成要件該当性が認められる。しかし、ここで明らかなように、行為者個人の注意能力をもっぱら構成要件段階のみで検討すると、行為者がそのような注意義務を履行する能力がな

くても、——責任段階では行為者の注意能力が考慮される余地がないため——，処罰される恐れがある。これは，責任阻却の可能性を大きく制限することになり，責任主義違反となってしまう。そこで，このような問題を解決するために，이용식(委用植)は，故意の二重機能に着目した，主観的過失の二重機能を提案した。すなわち，故意の場合，構成要件故意と責任故意があり，構成要件故意を認めることで責任故意が意味を失うことがないように，過失においても，構成要件要素としての主観的注意義務違反と責任要素としての主観的注意義務違反とを区別する必要があるとするのである。このような理解により，多数説と少数説の持つメリットを生かしつつ，そのデメリットを排することができるとする。

まず，①構成要件段階で客観的注意義務と主観的注意義務の両方が考慮されるので，注意義務を個別化しながらも一般予防機能を発揮させることができるし，②客観的注意義務違反はあるが，主観的注意義務違反がない場合，行為者の危険性は認められるため，保安処分を科すことは可能となる，などの点は通説のメリットである。他方において，行為者の特殊な能力が構成要件段階から考慮されるので，特殊能力者により高い注意義務を課すことができ，法益保護を充実させることができる点は，少数説の持つメリットであり，このメリットはこの(3)説により活かせるのである。さらに，故意犯と過失犯の体系的統一性も達成できると主張する<sup>70</sup>。

(3)説に対しては，「構成要件要素としての主観的注意義務違反」と「責任要素としての主観的注意義務違反」の現実的な区別基準が明確ではないという

---

<sup>70</sup> 이용식・前掲注(50) 61-62頁。



批判がなされているところである<sup>71</sup>。

## 第5節 韓国における新・新過失論の評価

過失論において、日本と韓国との間に最も明確な相違がみられるのは、新・新過失論（危惧感説ないし不安感説）の評価であると思われる。新・新過失論は、新過失論の立場を前提としつつ、これを発展させた日本独自の理論であり、韓国においては、いくつかの文献においてこの学説が紹介されているにとどまる。そのため、予見可能性の程度についての議論においても、「具体的予見可能性説」と「危惧感説（新・新過失論）」とを対立させることは、韓国では行われぬ。そこで、以下においては、韓国で日本の新・新過失論を紹介した文献を紹介することで、韓国における日本の新・新過失論の理解と評価を見ることがととする。

まず、김일수(金日秀)は、新・新過失論について「過失犯の行為無価値的な結果回避義務違反の範囲を認めるにあたって、行為者に結果発生に対する危惧感があれば足りるとすることにより、過失犯の客観的注意義務の範囲を拡大しようとする立場である。この理論は、いわゆる企業の経営者や医薬品などの物品製造者の危険責任を刑事上の過失犯として認めようとする理論であるが、厳密な意味からみて過失理論というよりは過失犯での結果を抽象的危険として代替しようとする努力の一環であるといえる」<sup>72</sup>と評価した。

また、박상기(朴相基)は、「不安感説」という表現を使い、「新過失理論が

---

<sup>71</sup> 윤종형・前掲注(3) 90頁。

<sup>72</sup> 김일수・前掲注(20) 57頁。

過失犯処罰の範囲を制限したのに対して、過失犯処罰を拡大するために登場したもので、過失犯における一種の危険増大説といえる」とし、日本の独自の理論として紹介したのであった<sup>73</sup>。

## 第6節 小括---韓国の過失犯論の発展過程における日本の過失犯論との関係

以上、過失の体系的地位に関する理論の変遷過程を概観した。韓国の過失に対する伝統的な理解は、過失をもっぱら責任論において検討してきた。これは、日本の旧過失論の理論構成と同様の理解であるといえよう。

第1編において検討したように、韓国は刑法制定後においても、しばらくは日本の刑法理論の影響を受け続けてきた。その1つの例として挙げられるのは、日本における学派の争いが戦後の韓国にそのまま現れたことである。1880年頃から欧州の刑法理論では旧派と新派との学説論争が展開された。その中でも特にドイツの学派の論争の影響を受けた日本では、客観主義と主観主義の間において理論的対立が生じた。日本における学派の争いは、ドイツの旧派と新派から影響を受けたものの、日本独自の特色を呈するものであった<sup>74</sup>。その日本の学派の争いが、戦後の韓国刑法学界においてもそのまま現れ<sup>75</sup>、それが過失犯

---

<sup>73</sup> 박상기・前掲注(59)188頁。

<sup>74</sup> 内藤謙「刑法理論の歴史的概観」『刑法理論史の総合的研究』(1994)693頁以下を参照。

<sup>75</sup> このような現状は、当時の多数の学者らが日本の法学教育を受けた結果であると思われる。例えば、東京大学で小野清一郎の影響をうけた유기천は、客観主義を支持しているように見られる。一方、東北大学で、木村龜二の影響を受けた이건호は、主観主義を支持した。その他にも、京都大学出身의정영석は、折衷説でありながら主観主義を支持することなどを挙げ

論にも反映されたのである。特に、1960年代から1970年代にわたり、韓国の過失犯論は日本の過失犯論の影響を強く受けていた<sup>76</sup>。韓国刑法典下で過失犯論が議論された当時、日本とドイツでは、すでに「心理的責任概念」が克服され、「規範的責任概念」が主張されていた時期であった。そのため、日本の刑法理論の影響を受けていた韓国の刑法理論は、規範的責任概念を前提として過失犯論の議論がなされた。すなわち、韓国の過失犯論は、日本やドイツと同様に、規範的責任概念に立脚して過失を責任要素と理解した。このような理論構成は、1960年以前の刑法教科書でよく登場した説明方法であった。当時の教科書での過失は、責任の章において説明されていた。具体的な例をみると、이건호(李建鎬)は、「過失は、必ずしも行為当時の行為者の心理状況に対するものだけが非難の対象になるのではなく、その倫理的意義は、一般人にとって可能な、または可能であった注意をしなかった結果、事態を変えることができたにもかかわらず、これを行わなかったという義務違反の点に非難の対象があったといえよう」と、過失を定義した<sup>77</sup>。백남익(百南億)は、「行為者が構成要件に該当する事実、又はその違法性を実際に認識してはいなかったとしても、法律上要求される注意義務を果たしたならば当然その認識が可能であって、したがって違法行為に代わって適法行為が期待されたにもかかわらず、不注意により違法の結果を発生させたのならば、行為者はその結果に対して法的に非難をうける」と述べて、過失を説明した<sup>78</sup>。정영석(鄭榮錫)は、「過失は、正常の注

---

られる(김종원・前掲注(25) 655頁以下を参照)。

<sup>76</sup> 김창균「과실론의 구조와 발전동향」제주대학 법과 정책第7号(2001) 165頁。

<sup>77</sup> 이건호『형법강의(총론)』(1960) 162頁。

<sup>78</sup> 백남익・前掲注(23) 174頁。

意を果たしたら犯罪事実（したがって、その違法性も）認識することができ、したがって、その違法行為へ出ることを避けることができたにもかかわらず、不注意により犯罪事実を認識し得ず、そのような行為へ出たという点で責任非難される」とした<sup>79</sup>。また、남흥우（南興祐）は、「過失は、不注意により犯罪構成要件該当事実を認識することはできなかったが、その具体的事情が適法行為を期待できたにもかかわらず、違法行為を実現した場合に成立するのである。…(省略)…過失は、過失犯の責任形式である。故意が原則的な責任形式であることに対して、これは(過失は:筆者注)例外的責任形式である」とした<sup>80</sup>。

上記のように、当時の過失犯論は正常の注意義務の懈怠、すなわち不注意を過失の本質的要素とした。そして、過失を責任要素と把握し、過失概念は注意をすれば認識することができたという意味での「認識（予見）可能性」と、適法行為に対する「期待可能性」として説明した。責任要素としての過失が成立するためには、犯罪事実の不認識と、不注意による構成要件結果発生が必要となる<sup>81</sup>。すなわち、過失犯は、結果発生の現実の予見はなかったが、注意をすればその予見が可能であったことを意味するのであり<sup>82</sup>、そのような注意をしなかった点に過失の有責性が認められた。このような、過失を犯罪論体系において「責任」に属するとするとし、予見可能性が過失の前提をなすとともに、それに基づく予見義務の違反が過失を構成する、とする<sup>83</sup>考え方は、日本の伝統的な過失論（旧過失論）の特色である。

---

<sup>79</sup> 정영석 『형법총론〔初版〕』 (1961) 207頁。

<sup>80</sup> 남흥우 『형법강의(총론)』 (1965) 205頁。

<sup>81</sup> 김창균・前掲注 (76) 167頁。

<sup>82</sup> 松宮孝明 『刑法総論講義〔第5版〕』 (2017) 206頁。

<sup>83</sup> 曾根・前掲注 (15) 334頁。

しかし、過失を責任要素として把握する見解に対しては、故意犯と過失犯の不法の差異を説明することが困難であり、過失もない偶然的・不可抗力的な事故まで——過失責任が否定されるため、最終的には不可罰という結論になるとしても——過失の不法を認めなければならないということは、一般の法感情上、違和感があるなどといった批判が加えられたのである。

そこで、過失を責任要素ではなく、構成要件要素として把握しなければならないとする見解が台頭してきた。このような見解に大きな影響を与えたのは、韓国においてもやはり目的的行為論の登場であった。韓国で目的的行為論を最初に紹介したのは、황산덕（フンサンデク 黄山徳）であった。황산덕は、ヴェルツェル（Hans Welzel）の著書「Das neue Bild des Strafrechtssystems: eine Einführung in die finale Handlungslehre」を翻訳・出版し<sup>84</sup>、目的的行為論の研究資料を提供した。日本では、1960年代に目的的行為者である木村亀二博士や福田平博士により、目的的行為論に立脚した過失論が展開された<sup>85</sup>。

とりわけ昭和30年代以降、自動車の普及に伴う交通事故の増加を背景として、予見可能性には広がりがあるため、予見可能性概念によっては過失犯の処罰範囲を十分適切に画することができないという問題が指摘された<sup>86</sup>。ここで、許された危険の法理を援用して結果発生が予見可能であっても——さらに結果が予見されていたとしても——犯罪とならない場合があるとする見解が台頭して

---

<sup>84</sup> 황산덕訳『刑法体系의新形像:目的的行為論入門』（1957）1頁以下。

<sup>85</sup> 神山敏雄「過失犯」大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀編『大コンメンタール刑法〔第3版〕』第3巻（2015）327頁以下。

<sup>86</sup> 山口厚『刑法総論〔第3版〕』（2016）243頁。

きた<sup>87</sup>。この見解をさらに推し進めて、新過失論は、予見可能性に加えて「結果回避義務」により過失犯の成立範囲の限定を図ろうとしたのであった。結果回避義務の内実は、社会的行為準則としての客観的注意義務ないし結果の回避義務に違反した「不適切な行為」である<sup>88</sup>が、新過失論において、最も重要な問題は、「基準行為」をどのようなものとして設定するのかである。行為基準として守られるべき行為（基準行為）は、とりわけ行為者の立場に置かれた一般通常人に遵守が要求される社会的行為準則であるとされるが、その内容が明確であるとはいえない<sup>89</sup>。ここに新過失論の課題があったといえよう。

一方、韓国では、1950年代後半から一部の学者らにより目的論的犯罪論が導入されたものの<sup>90</sup>、1970年中盤まで伝統的過失理論が優勢であったと思われる。このような傾向は、1976年代に発表された文献において、「伝統的過失理論と新過失論の理論的対立は、すでにドイツ・日本などにおいて多数の新しい理論を展開しており…省略…これに対してわが刑法学界においては、一部の目的論的行為者を除いては今まで外国の新過失理論を紹介するにとどまり、体系的理論の展開はいまだに荒蕪地といっても過言ではないほど…<sup>91</sup>」と、述べられていたことから推測することができよう。過失を単なる責任要素や違法性阻却事由の要素としてではなく、すでに構成要件の段階から検討しなければならないと

---

<sup>87</sup> 松宮・前掲注（82）207頁。

<sup>88</sup> 松原・前掲注（30）280頁。

<sup>89</sup> 山口・前掲注（86）244頁，松原・前掲注（30）280頁等を参照。

<sup>90</sup> 김종원「독일형법개정과 목적적행위론」법조第8卷2号（1959）45頁以下，한스벨첼(김종원訳)「행위의 목적적 구조」사법행정第12卷4号（1971）39－42頁，김종원「과실범의 구조」서울대학교 법학第17卷1号（1976）123頁以下。

<sup>91</sup> 정성근「과실범의 사적고찰」법조第25卷10号（1976）51頁。

いう目的的行為論の結論は，目的的行為論者だけではなく，その後登場した社会的行為論者や行為論そのものを否定する学者においても広く支持された<sup>92</sup>。フィナリスムスの体系における過失犯の責任は，行為者が法益侵害結果を予見することができたという前提の下で，法益侵害を惹起した客観的注意義務違反行為に対する個人的非難可能性である<sup>93</sup>。したがって，そこにおける過失概念は，客観的注意義務違反だけを意味するのであり，結果に対する主観的注意義務違反との直接の関係はない。フィナリスムスの体系においては，純粋な規範的責任概念だけが強調され，心理的要素としての過失が除去され，過失は構成要件要素としてのみ把握されるため，「責任概念の空虚化」を招くという問題に逢着した<sup>94</sup>。

1970年代中盤の韓国刑法学界においては，日本刑法学の主観主義と客観主義の論争をそのまま受け継いだ見解が主流を形成している中で，ヴェルツェルの目的的行為論がその勢力を拡大していた。その中で，심재우（沈在宇）は，社会的行為論に立脚する犯罪論体系を国内に紹介するとともに<sup>95</sup>，社会的行為論の立場から目的的行為論を批判した<sup>96</sup>。そして，社会的行為論及び一般的帰属

---

<sup>92</sup> 이재상/장영민/강동범・前掲注（59）186頁。

<sup>93</sup> 조상제・前掲注（19）314頁。

<sup>94</sup> 김일수『형법학원론(총론강의)〔初版〕』（1988）940頁以下。

<sup>95</sup> 심재우「사회적 행위론」법조（1975・7）87頁以下，심재우「형법학에 있어서 목적적 행위론과 사회적 행위론」저스티스第13卷1号（1975）107頁以下，심재우「형법체계에 있어서 과실범의 구조」고려대 법학행정논집第18輯（1980）59頁以下，심재우「목적적 행위론의 과실범체계에 관한 비판」고시연구第8輯4号（1981）87頁以下などを参照。

<sup>96</sup> 심재우「목적적 행위론 비판——사회적 행위론의 입장에서——」고려대 법학행정논집第13輯（1976）175頁以下。

論に基づき、過失は、違法要素であり、かつ責任要素であることを主張した<sup>97</sup>。このような考え方は、新古典的・目的犯罪体系下における過失理論構造と具体的な内容面では多少相違があるものの、全体的な骨格は類似すると評価された<sup>98</sup>。しかし、現在、このような見解を支持する論者はほとんど見当たらないのである<sup>99</sup>。

以上のような論争と論争を通じての学説の修正の過程を経て、現在の韓国の多数説は、新古典的・目的犯罪体系に立ち、故意と同様に、過失にも構成要件要素的過失と責任過失（過失の二重機能）を認めている<sup>100</sup>。多数説は、過失を法益侵害結果の予見可能性と回避可能性を総括する意味としての注意義務違反と把握する<sup>101</sup>。そして、これをまた、客観的・主観的という二重の基準によって分け、客観的過失と主観的過失とで構成する。多数説は、フィナリスムス体系の過失を構成要件要素とみる発想を吸収したので、客観的注意義務違反は構成要件的過失と把握される。また、責任過失は、主観的注意義務違反である。多数説は、構成要件的過失が客観的過失に限定されるので、過失犯における主観的構成要件要素が欠如する点、客観的構成要件要素と主観的構成要件要素の区別が困難である点などを批判された。そこで、客観的注意義務の役割や地位

---

<sup>97</sup> 심재우・前掲注(95) 77-78頁。

<sup>98</sup> 조상제・前掲注(19) 319頁。

<sup>99</sup> 조상제・前掲注(19) 321-326頁。

<sup>100</sup> 新古典的・目的犯罪体系は否定しながらも、過失の二重機能は肯定する見解としては김종원「과실범」『형사법 강좌』(1981) 338頁以下, 정성근『형법총론』(1996) 415頁などがある。一方、過失の二重機能は肯定しながらも、客観的過失を、過失犯と故意犯に共通する客観的帰属の評価基準とする見解としては, 박상기・前掲注(59) 193頁。

<sup>101</sup> 조상제・前掲注(19) 315頁。



を変えようとする有力な見解が登場した<sup>102</sup>。このような傾向は、客観的帰属論の登場と密接に関係している<sup>103</sup>。客観的過失無用説は、その具体的な内容において見解が分かれており、各諸説の主張内容とそれに対する批判は、上に紹介・検討したとおりである。

ここまで、過失の体系的地位に関する韓国理論の変遷を整理してみた。韓国の過失論は、因果的行為論と目的的行為論の対立から、目的的行為論と社会的行為論の対立、さらには、社会的行為論に基づく新古典的・目的的犯罪論体系へという形で、行為論の論争が過失論に投影された形で<sup>104</sup>発展してきたといえよう<sup>105</sup>。また、韓国の過失犯論は、初期の段階で日本の過失論の影響を強く受けつつ、ドイツの刑法理論を直輸入する過程を経て、1970年以降から特にドイツの過失論を中心として議論を展開してきた。議論の展開過程において外国の刑法理論に関する依存度が高く、独自の理論形成がなされていないことは、韓国刑法学の今後の課題であるともいえよう。

次に、過失の体系的地位に関し、韓国の判例はどのような立場に立つのかについて見ておくこととしたい。

過失犯に関する大法院の判決の中では、「いわゆる過失犯における非難可能性の知的要素とは、結果発生の可能性に対する認識であり、認識ある過失にはこのような認識があり、認識なき過失にはこれに対する認識さえない場合であ

---

<sup>102</sup> 서보학・前掲注(47) 171頁以下。

<sup>103</sup> 서보학・前掲注(36) 22頁。

<sup>104</sup> 一方、このように、行為論から犯罪体系を導出する現状の問題を指摘した見解としては、김일수「체계적 범죄론에 관한 방법론적 일고찰」『고려대 법학논집』第21輯(1983)3頁以下を参照。

<sup>105</sup> 심재우・前掲注(95) 59-60頁, 김창균・前掲注(76) 169頁。

るが、前者において責任が発生するのは勿論、後者においてもその結果発生を認識し得なかったことに対する不注意、すなわち規範の实在としての過失責任がある<sup>106</sup>」とし、「過失責任」という概念を用いたり、「罪の構成要件としての責任条件たる過失は、正常人の通常の注意を懈怠することにより、罪の成立要素となる事実を認識しえないことをいい<sup>107</sup>」（下線は筆者）としており、「責任条件たる過失」という言い方をしている。このような「過失責任」や「責任条件たる過失」という表現から、学説の中には、判例は責任要素説を支持していると解する論者もある<sup>108</sup>。しかし、単に「過失責任」や「責任条件たる過失」という表現だけで、判例が旧過失論のような責任要素説を支持していると理解することには疑問が生じよう。

判例が旧過失論の立場であるとすれば、注意義務の判断において、行為者個人の能力をその判断基準としなければならないはずである。しかし、判例が注意義務の判断において「一般通常人」を基準とすることに関しては学説上異論がない。そうすると、判例は、過失を主観的要素たる責任要素として把握しながらも、行為者の注意能力ではなく、「一般通常人」の注意能力を基準とし、過失の有無を判断しているということになる。私見では、判例が注意能力違反を判断する際に、客観説に依拠していることなどを考慮すると、判例は、多数説のように、構成要件的過失と責任過失という過失の二重機能を認めており<sup>109</sup>、上記の判文は、責任過失に関する記述というべきであろう。

---

<sup>106</sup> 大法院1984年2月28日 83도3007判決。

<sup>107</sup> 大法院1983年12月13日 83도2467判決。

<sup>108</sup> 김성돈・前掲注(35) 493頁, 정성근/정준섭・前掲注(30) 340頁。

<sup>109</sup> 判例が多数説と同様の立場を採るとする見解としては, 조상제・前掲注(19) 315頁。

### 第3章 過失犯における注意義務

#### 第1節 総説——注意規定と注意義務との関係——

すでに紹介したように、韓国刑法14条は、「正常の注意を懈怠することにより罪の成立要素たる事実を認識し得なかった行為は法律に特別な規定がある場合に限り処罰する」と規定している。本条の「正常の注意を懈怠すること」は、社会生活において通常要求される注意を怠ること、すなわち客観的注意義務違反のことを意味すると解される。なお、過失の二重機能を認める多数説において、この客観的注意義務違反は構成要件要素である<sup>110</sup>。客観的注意義務は、一次的には「注意規定」という形で存在する。

刑法14条は、一見したところでは、「注意義務違反」と「予見可能性」という2つの要素をそれぞれ独立した要素として扱っている。「正常の注意を懈怠することにより罪の成立要素たる事実を認識し得なかった行為」という表現は、行為者が罪の成立要素たる事実を認識（予見）し得なかった原因が正常の注意を懈怠すること（注意義務違反）にあった、というように理解することができよう。言い換えれば、行為者が注意義務を果たしてさえいれば、罪の成立要素たる事実を認識することができた（予見可能であった）ということである。注意義務違反と予見可能性をこのように捉えるとき、注意義務違反は予見可能性に先立って確定されなければならないこととなる。これは、注意義務違反の

---

<sup>110</sup> 김성진 「과실범에 있어서 객관적 주의의무의 제한원리」 중양법학第10輯第1号（2008）226頁，윤종행・前掲注（3）91頁，김성돈 「과실범의 『정상의주의』의 전제조건과 형법의 일반원칙」 비교형사법 연구第13卷第2号（2011）24頁。

可否を予見可能性とは別途に確定できるとする考え方につながる。しかしながら、結論を先に述べると、注意義務違反と予見可能性とは独立的に扱われる概念ではない。その決定的な理由は、注意義務を確定するための一次的な根拠となる「注意規定」の機能的限界に求めることができる<sup>111</sup>。

注意規定とは、行為者に対して適用される注意義務の種類や程度等を法律・命令・規則等で定めたものである。この社会には、一定の危険行為を行うときわれわれが遵守することを要求される無数の社会的ルールがネットワークのように存在している。その中で、一部の典型的な危険状況は、道路交通法や医療法などのように法律の規定により成文化されている。しかし、そうでないルールもまたきわめて多い<sup>112</sup>。とはいえ、明文の注意規定がないことだけから過失犯の成立が否定されるわけではない。明文の注意規定のない場合であっても、実際に遵守が要求される注意義務があるかどうかを判断して過失の有無を決めることができるように、刑法14条は「注意規定」という概念ではなく、「正常の注意」という規範的概念を採択したと理解することができる<sup>113</sup>。注意規定が存在しない場合であれば、正常の注意義務、すなわち客観的注意義務があるかどうかを検討しなければならないのである。

さらに、注意規定がある場合でも、客観的注意義務の有無を検討しなければならない場合もある。判例は、制限速度が40Kmである道路を時速50Kmで進行したところ、無断横断をしようとして中央線付近に立っていた被害者が反対側か

---

<sup>111</sup> 김성돈 「과실개념에서 주의의무위반성과 예견가능성」 형사정책연구第6卷第4号 (1995) 154頁。

<sup>112</sup> 井田良 「過失犯理論の現状とその評価」 『変革の時代における理論刑法学』 (2007) 149頁。

<sup>113</sup> 김성돈・前掲注 (110) 26頁。

ら進行してくる車に轢かれ、被告人側の車線にはね飛ばされたが、被告人が被害者を発見したのは手前15m地点であったため被害者を避けることができず、そのまま轢過し死亡させたというケースについて、被告人が制限速度を違反した事実は認めたものの、「自動車運転者に要求される業務上の注意の程度は、一般自動車運転者の中、平均人を基準として判断しなければならない、これが職業運転者であるか否かにより異なるものではない」と述べて業務上過失を否定したのであった<sup>114</sup>。このように、形式的な注意義務規定が存在する場合でも、その注意規定違反が結果発生の直接の原因ではないと判断されるのであれば、別途、客観的注意義務があるのかどうかを検討しなければならないのである。

また、路面が結氷していて視界が20m以内の高速道路上を制限速度を遵守しながら運転しているうち、事故で停車していた車に衝突したという事案について、「事故地点の路面が結氷している上、さらに濃霧で視界が20m以内であったならば、高速道路の制限時速にかかわらず障害物を見つけた場合に即時に制動・停止できるくらいまで速度を減らすなどの措置を採らなければならないのであって、単に制限速度を遵守したという事実だけでは注意義務を果たしたといえず…（省略）…」とした大法院判例もある<sup>115</sup>。この判例は、高速道路の路面が結氷していて霧で視界が狭いという「具体的な特殊状況」が存在するのであれば、制限速度という注意規定を遵守したことだけで過失責任を免れるのではないとするのである。ここから、注意規定の遵守の可否が直ちに注意違反の判断（過失の有無）を決定するのではないということが明らかとなる<sup>116</sup>。

---

<sup>114</sup> 大法院1995年12月26日 95도715判決。

<sup>115</sup> 大法院1990年12月26日 89도2589判決。

<sup>116</sup> 김성돈・前掲注(111) 155頁。

以上のように、過失行為は、単に注意規定の違反や法益侵害の危険のある行為を行っただけで認められるものではなく、注意義務違反行為が肯定される場合に認められるのである。そこで、過失の成立要件の検討は、刑法14条の「正常の注意」をどのように把握するかという点から出発しなければならない。注意義務は、過失の成立を制限する機能を持ちつつも、刑法の過失規定をどのように解釈・適用するのかについての方向性を提示するものでもある<sup>117</sup>。かつては、注意義務は「結果予見義務」及び「結果回避義務」として解されてきた。現在では、注意義務の具体的な内容をどのように理解するのかにき、過失の体系的地位に関する見解の対立を反映して、①結果予見義務と解する見解、②結果の予見は結果回避義務のための前提にすぎないため、結局、注意義務の本質は結果回避義務にあるとする見解、③結果の予見義務と結果の回避義務の双方を考慮する見解、④認識ある過失においては結果回避義務であり、認識なき過失においては結果予見義務であると解する見解など、考え方が多岐に分かれている。また、過失の本質を「注意義務違反」に求める現在の通説を正面から批判し、過失の本質的要素を新たに設定しようとする動きもある。また、注意義務の判断基準をめぐっては、行為者個人を基準とする「主観説」と平均人を基準とする「客観説」等の対立が存在している。

---

<sup>117</sup> 安동준 「과실범의 불법요소로서 객관적 주의의무」 전남대학교 법학논총第34輯 第2号 (2014) 268頁。

## 第2節 注意義務の判断基準

### 第1款 韓国における理論状況

韓国の多数説は、過失の二重機能を肯定し、過失の不法要素は客観的注意義務違反であり、主観的注意義務違反は過失の責任要素であるとする。過失犯の構成要件段階において問題とされる注意義務は、あくまでも「客観的注意義務」であるという。誰の能力を基準に注意義務を判断するのかについては、①一般通常人を基準とする客観説と、②行為者の能力を基準とする主観説とが対立する。韓国の多数説と判例は、このうちの「客観説」を採用している<sup>118</sup>。すなわち、注意義務違反の判断は、「行為当時において一般通常人に要求される注意を払ったかどうか」により決められるとするのである<sup>119</sup>。そして、行為者の個別的な事情に基づく主観的注意義務は責任の領域で考慮されることになる<sup>120</sup>。

### 第2款 客観説

刑法14条の「正常の注意」をどのように解するのかに関して、韓国の多数説と判例は、客観説を採っている<sup>121</sup>。客観説は、行為者の行為が、注意義務に違

---

<sup>118</sup> 배종대・前掲注(18) 662頁, 김성돈・前掲注(35) 495頁, 안경옥・前掲注(44) 123頁。

<sup>119</sup> 日本の判例と学説については、井田良「過失犯における『注意義務の標準』をめぐって」  
刑法雑誌42巻3号(2003) 333頁。

<sup>120</sup> 배종대・前掲注(18) 661頁。

<sup>121</sup> 이재상/장영민/강동범・前掲注(59) 190頁, 배종대・前掲注(18) 662頁, 임웅・前掲注(26) 532頁, 박상기・前掲注(59) 191頁, 이상돈『형법강론』(2015) 147頁, 신동운・前掲注(14) 238頁, 김성진・前掲注(110) 232頁。

反したのかどうかという判断を，行為者の立場におかれた「一般人」ないし「平均人」の注意能力を標準として，そこに落度があったのかどうかにより決める。一般人の平均的注意義務を基準とするものであるため，一般人標準説とか平均人標準説とも呼ばれる<sup>122</sup>。多数説と判例が客観説を支持する理由の1つは，構成要件の役割は生活領域ごとに客観的で一般化される行為の基準を提供する点にあるとすることで求められる<sup>123</sup>。また，客観説は，国民に「一般的注意義務」を課するので，法が要求する注意義務の水準を適切に制限する機能を持つとともに，一般予防という刑法の目的の達成に役立つともいわれる<sup>124</sup>。

大法院の判例は，賃借人が自分の費用で設置・使用してきたガス設備のヒューズ・コックを何の措置もせずに除去したまま引っ越した後，ガス供給を個別に遮断することができるガス栓が開かれていたままであったため，ガスが流入し爆発事故が起きたというケースについて，「平均人の観点から客観的に見て，（ガスの流出による大型事故の可能性はあることは：筆者注）十分に予見できるので，賃借人の過失とガス爆発事故との間に相当因果関係が認められる<sup>125</sup>」とし，注意義務の判断は平均人の観点から客観的に判断すべきことを明らかにした。しかし，ここにいう「一般通常人」の概念の不明確さが指摘されている<sup>126</sup>。客観説の核心をなす問題は，その判断の基準となる「一般人」ないし「平均人」をどのように設定するかであるといえよう。学説は，行為者の属している生活

---

<sup>122</sup> 김성진·前掲注(110) 230頁, 임웅·前掲注(26) 530頁。

<sup>123</sup> 이용식·前掲注(39) 236頁。

<sup>124</sup> 임웅·前掲注(26) 531頁。

<sup>125</sup> 大法院 2001年6月1日 99도5086判決。

<sup>126</sup> 한정환 「정상의주의태만·주의의무위반과 과실」 형사법연구第20号 (2003) 145頁。



領域内の「洞察力のある人<sup>127</sup>」，「平均的専門人<sup>128</sup>」，「良心的で慎重な第三者<sup>129</sup>」，「思慮深い人<sup>130</sup>」などの観念をもって一般通常人を説明する。ここでの「一般通常人」は，すぐ過ちを犯す軽率な人ではなく，行為者の属する集団における思慮深い人・洞察力のある人・慎重な人を意味するという。すなわち，具体的な行為時点において，洞察力のある人（慎重な運転士，思慮深い医師，良心的で慎重な設計士など）であれば，選択したのであると思われる行為が注意義務違反の判断基準となる<sup>131</sup>。例えば，同じ医師であるとしても，専門医の場合は，一般医とは異なり，自分の専門分野における慎重な専門医としての注意を払わなければならないことになる<sup>132</sup>。

大法院の判例は，「医療事故における医師の過失を認めるためには，…(省略)…，同様の業務や職務に勤める一般通常人の注意の程度を標準としなければならないのであり，そこでは，事故当時の一般的医学水準と医療環境及び医療条件，医療行為の特殊性等が考慮されなければならない<sup>133</sup>」とし，行為者が属する社会生活領域内での一般通常人の注意の程度により過失の有無を判断している。なお，「医療水準」に関しては，規範的に要求される水準として把握されなければならないが，当該の医師や医療機関の具体的な状況により左右されて

---

<sup>127</sup> 김성돈・前掲注(35) 495頁。

<sup>128</sup> 이상돈・前掲注(121) 147頁。

<sup>129</sup> 김성환・前掲注(44) 153頁。

<sup>130</sup> 박재운・前掲注(5) 289頁。

<sup>131</sup> 안경옥・前掲注(44) 124頁。

<sup>132</sup> 임웅・前掲注(26) 530頁。

<sup>133</sup> 大法院 2008年8月11日 2008도3090判決。同様の判決として，大法院 2006年10月26日 2004도486判決，大法院 2003年1月10日 2001도3292判決，大法院 1999年12月10日 99도3711判決，大法院 1997年10月10日 97도1678判決，大法院 1996年11月8日 95도2710判決等がある。

はならないとされる<sup>134</sup>。

### 第3款 主観説

主観説は、注意義務を「行為者個人の主観的注意能力」を基準として判断する見解である。この見解は、客観説が「一般通常人」という概念を採用しているため、行為者の個人的な要素が考慮されていないことを批判する。主観説は、過失の二重機能を認めて主観的注意義務を責任の段階で検討する通説と異なり、行為者の個人的な能力をすでに構成要件の段階で検討する<sup>135</sup>。過失の有無の判断において、行為者個人の能力や知識が基準となるため、行為者標準説とか「個別注意義務違反説<sup>136</sup>」とも呼ばれる。主観説は、一般通常人より低い行為者の能力により過失結果が発生した場合、行為者の能力不足ゆえに結果が生じたことになるので、責任の前の不法段階で処罰範囲から放逐されることになる<sup>137</sup>。このように、主観説が注意義務の判断基準を主観化・個別化する理由は、「法規範は、個人に不可能なものを要求してはならない」というところに求められるのである<sup>138</sup>。

過失論の体系的地位との関係ですでに検討したとおり、韓国において客観的過失無用説を主張する少数説は、注意義務の判断基準に関し主観説を採る。

少数説の中で、故意犯の主観的構成要件要素が故意であるのと同様に、過失

---

<sup>134</sup> 大法院 2010年10月28日 2008도8606判決。

<sup>135</sup> 오영근『형법강론』(2015) 147頁。

<sup>136</sup> 이재상/장영민/강동범・前掲注(59) 189頁。

<sup>137</sup> 박재윤・前掲注(5) 291頁。

<sup>138</sup> 서보학・前掲注(36) 25頁。

犯の主観的構成要件要素は過失であるとする見解は<sup>139</sup>，過失を主観的構成要件要素にすることにより，故意犯との間に犯罪体系上の統一性を得られると主張する<sup>140</sup>。故意の場合，故意そのもの自体は，行為者の内心の状態であるが，故意の存在の有無に関する認定は客観的に行われるのと同様に，行為者が過失結果を予見できたのか否かは，行為者の内心状況であるが，その認定は客観的に行われるとし，過失も故意と同様に，行為者の内心の意思を客観的・事後的に評価しなければならない，とする。すなわち，過失をいかに評価するかということは，「『行為者』の結果発生に対する予見可能性を客観的に評価しなければならない」ということに過ぎず，それを「『一般通常人』を基準として客観的に評価しなければならない」ということではないと主張するのである。

しかしながら，主観説は，注意義務の判断において行為者個人の能力を基準とすることにより，法規範の持つべき一般的性質を「主観化」させることになってしまう。構成要件は，責任と異なり，国民一般に対して「当為」と「許容」を提示しなければならない。違法性は，行為に対する「一般的」な禁止や命令を意味し，責任と異なるのであり，違法性判断の段階では一般通常人としての注意義務を払えば足りると考えられる。過失不法を個別的・主観的基準により判断すると，行為者の注意能力が一般通常人を上回る場合，その行為者は常に他の人より加重された注意義務が要求され，行為者の間に注意義務の不平等が生じるこことになってしまう。他方において，一般通常人の注意能力より注意能力が下回る者が構成要件結果を予見できなかった場合，責任阻却ではなく，過

---

<sup>139</sup> 少数説は，過失の体系的構成により見解が分かれている。詳細に関しては，本編第2章第4節の過失の体系的地位に関する学説の変遷での「その他『客観的過失無用論』」を参照。

<sup>140</sup> 김일수/서보학『새로 쓴 형법총론〔第12版〕』（2014）321頁。

失不法が否定され、不可罰となる。客観説を支持する立場からは、主観説によると、正当防衛状況で被攻撃者は攻撃者の注意義務違反の可否、すなわち攻撃者が「一般通常人」のレベルであるのか、それとも「劣った注意能力者」のレベルであるかを直ちに判断することができないため、正当防衛行為ができなくなるという問題点があると批判されることになる<sup>141</sup>。さらに、行為者の注意能力が低いか、あるいは責任能力がないため責任は阻却されるが、再犯の危険性などを考慮して行為者に保安処分を科す必要性が認められる場合であっても、主観説によれば、すでに行為者の過失不法自体が否定されるので、不法性を前提とする保安処分を適用することができなくなるという問題点も指摘されている<sup>142</sup>。行為者が他人の法益に無関心な性格であればあるほど過失が否定される、という不当な結論が導かれる点も、主観説の欠点であるといえよう<sup>143</sup>。

#### 第4款 折衷説

折衷説は、行為者の能力を基準としつつ、それが平均人の能力を上回る場合には平均人の能力を上限とする見解である<sup>144</sup>。例えば、視力が平均よりも優れているために前の通行人を確認することができたとしても、一般人にその認識が不可能な場合、予見可能性が否定される。折衷説の基本的な考え方は、各自が法益侵害の危険を避けるために、自分に可能な限り最善の注意を払わなければならないということにある。優秀な者が自分に可能な最善の注意を払わなか

---

<sup>141</sup> 이용식・前掲注(50) 43頁。

<sup>142</sup> 김성진・前掲注(110) 230頁。

<sup>143</sup> 松原・前掲注(30) 302頁。

<sup>144</sup> 松宮・前掲注(82) 222頁。

ったのであれば、この行為は過失不法であり、過失責任も問われる。ただし、「法は通常人より以上のものを要求するものではない<sup>145</sup>」ので、注意義務の上限は客観的基準で画されるというのである。

このような折衷説の理解に対しては、以下のような批判が加えられた。折衷説は、構成要件ないし違法性の段階では、「客観的注意義務違反」の有無を検討し、責任の段階では「主観的注意義務」の有無を検討するとし、それぞれの判断の際には、前者は「一般通常人」の能力、後者は「行為者本人の能力」が基準となるという。しかしながら、行為者の注意能力が一般通常人を上回るか下回るかによりその判断基準を「一般通常人」にするか、「行為者個人」にするかが決められるので、なすべきであった義務の決定においては行為者のある種の能力を最初から考慮しななければならないという問題があるのである<sup>146</sup>。

## 第5款 小括と私見

韓国の通説と判例は、刑法14条の「正常の注意」を、社会生活上において通常的に要求される注意義務、すなわち客観的注意義務であるとする。そして、客観的注意義務については、「社会一般人の注意能力」を基準として判断する客観説を採用している。学説は、この「一般通常人」を「注意深い平均人」「慎重な一般人」「誠実な平均人」などと解する。判例は、過失の有無を判断する際に、例えば「医療事故における医師の過失を認めるためには、…(省略)…、同様の業務や職務に勤める一般通常人の注意程度を標準としなければ

---

<sup>145</sup> 松宮孝明『過失犯論の現代的課題』（2004）152頁。

<sup>146</sup> 松宮・前掲注(82) 211頁。

ならないのであり、そこでは、事故当時の一般的医学水準と医療環境及び医療条件、医療行為の特殊性等が考慮されなければならない<sup>147</sup>」とし、「同様の業務や職務に勤める一般通常人<sup>148</sup>」を標準としている。また、「一般自動車運転者の中での平均人<sup>149</sup>」、「平均人の観点<sup>150</sup>」等の表現も使われている。

このような客観説に対しては、その判断基準となる「一般通常人」の概念が不明確であるとする批判がある。客観説を支持する学説が用いる「注意深い・慎重な・誠実な」などの定義ではその具体的な内容が明らかではなく、「一般通常人」という曖昧な概念からの確な客観的基準を算定することはきわめて困難であり、その意味で客観説の判断基準は実用性がないと指摘されたのである。たしかに、注意義務の「客観的」判断基準はそれほど明確なものとはいえないが、しかし、客観説のいう「一般通常人」は全く実態のない空虚な概念という訳ではないと考えられる。客観説のいう「一般通常人」は、国民全員を母体とする平均人をいうのではなく、行為者の社会的活動の領域に限局された者のことを意味する<sup>151</sup>。また、「注意深い・慎重な一般人」などの概念も、各社会生活領域における社会構成員に期待する典型的な役割などから導くことにより、ある程度までこれを具体化することが可能である<sup>152</sup>。過失の有無を判断する際には、「異常に高い慎重さ」までは要求されないが、行為者の知的・生理的能

---

<sup>147</sup> 大法院 2008年8月11日 2008도3090判決。同様の判決としては、大法院 2003年1月10日 2001도3292判決，大法院 1999年12月10日 99도3711判決，大法院 1997年10月10日 97도1678判決，大法院 1996年11月8日 95도2710判決等がある。

<sup>148</sup> 大法院 2006年10月26日 2004도486判決。

<sup>149</sup> 大法院 1995年12月26日 95도715判決。

<sup>150</sup> 大法院 2001年6月1日 99도5086判決。

<sup>151</sup> 井田・前掲注（119）335頁。

<sup>152</sup> 서보학・前掲注（36）27頁。

力・年齢・性別・社会的地位はそのまま判断の基礎とされる<sup>153</sup>。すなわち、  
「行為者と同じ具体的な状況下に置かれた者」を基準とし、具体的状況における個別事情を含めて検討しなければならない<sup>154</sup>。こうして行為の時点での具体的事情を考慮すればするほど、注意の基準は個別化され相対化される<sup>155</sup>。例えば、大法院の判例は、運転者の過失の有無を判断する際に、「車を駐車して一時的に車から離れる運転手<sup>156</sup>」，「高速道路を運転する自動車の運転手<sup>157</sup>」，「制限速度が時速40Kmである往復6車線道路の一車線を走る運転手<sup>158</sup>」，「長さ18mの車両を運転する運転手<sup>159</sup>」など、行為者が置かれている具体的な状況を含めて注意義務を把握している。このように、自動車を運転する者であっても、バスや大型トラックなどの運転士と、一般乗用車を運転する運転手、カーレーサー等とは、それぞれ異なる注意義務を課せられる。そして、同じトラックの運転手の間でも、人の通行が頻繁で事故多発区域を走る場合と、高速道路を走る場合などの具体的な状況を加えるとき、異なる注意義務が認められる。トラックの運転手が高速道路を走る場合でも、それが晴れの日か、大雪で路面が凍っていた日かという、より具体的な状況を加味することで、注意義務は異なってくるのである。このように、年齢や性別などの一般的な基準のみならず、行為者が属する社会的生活の領域を加えていけば、注意義務はかなり具体化さ

---

<sup>153</sup> 松宮・前掲注（82）222頁。

<sup>154</sup> 曲田統「過失犯論における実行行為性・予見可能性の問題——日航機ニアミス事件を素材にして——」『理論刑法学の探究⑤』（2012）50頁。

<sup>155</sup> 井田良『刑法総論の理論構造』（2005）123頁。

<sup>156</sup> 大法院 1867年7月8日 86㉔1048判決。

<sup>157</sup> 大法院 2000年9月5日 2000㉔2671判決。

<sup>158</sup> 大法院 1995年12月26日 95㉔715判決。

<sup>159</sup> 大法院 1971年10月22日 74㉔2627判決。

れるのであろう。

このように、刑法は、運転行為という全く同じ危険行為であっても、各行為者の有する専門性や具体的状況に応じて、異なる注意義務を要求する。刑法規範は、人間行動に影響を与えられるために設定されるのであり、規範が影響を与え得ない要素については現実をそのまま前提として受け入れるしかないのである<sup>160</sup>。したがって、客観的注意義務の内容を決める際には、行動規範が影響を与え得る事情をのぞいては行為の客観面・主観面に関わる全個別事情を考慮する形で、現実が起こった個別具体的事情をなるべく加味することによって現実の事案に近い判断を行うべきである。その意味で「主観化すること」は不可避なのである<sup>161</sup>。たしかに、「行為者と同様の具体的な状況下に置かれた者」を設定する際に、その社会的領域を極限まで狭くすれば、客観説は主観説に解消してしまうようにも見える。しかし、その場合でも、当該生活領域の枠内での標準化された能力を基準とする点、行為時の行為者の特別な心理状況等は考慮されないという点などで、客観説と主観説は依然として区別されると考える。

もう1つの争点は、行為者の注意能力が一般人の注意能力を「上回る場合」と「下回る場合」において注意義務をどのように把握するかに関する「客観説」と「主観説」の見解の対立である。結論を先に述べれば、結論の違いはそれほどないように思われる。

まず、一般人の注意能力を「下回る場合」には、——それが過失不法を否定するのか、それとも責任を阻却するのかという差異はあるものの——不可罰という結論には違いがない。他方、一般人の注意能力を「上回る場合」には、客

---

<sup>160</sup> 井田良『講義刑法学・総論』（2008）216頁を参照

<sup>161</sup> 井田・前掲注（119）336頁を参照。



客観説によると一般通常人以上の注意能力は果たさなくてよいとされるので<sup>162</sup>、客観説と主観説との間で差異が生じるかのように見える。しかし、客観説の支持者の中にも、客観的注意義務の基準は平均人の能力が行為者のそれを「上回る場合」に関してのみ適用され、「特別な知識や能力」を有する行為者については、それに応じた注意を要求する論者もいる<sup>163</sup>。そして、一般人の注意能力を上回る行為者に対して、その特別能力を類型化・具体化し、特別能力者の生活領域を設定するときには、客観説と主観説とはほとんど結論が一致することになる<sup>164</sup>。

多くの場合において、このような注意義務の判断基準をめぐる見解の対立から、結論における実質的な差異が生じることはない。客観説のいう一般通常人の能力と、主観説のいう個別行為者の能力は、ほとんどの場合において一致するであろうし<sup>165</sup>、もし行為者の能力が平均人より低いという形でズレが生じたとしても、過失犯の成立を否定するという結論自体については両者とも一致する。ただ、不可罰の理由につき、過失不法が否定されるからであるとするか、それとも過失の責任が否定されるからであるとするかという根拠に関してのみ見解を異にする。この点に関連して、過失の判断基準をめぐる論争の無意味性を指摘する見解や<sup>166</sup>、注意義務の判断基準は、結局のところ法政策上の問題であるため、規範の要請により決めればよいとする見解なども主張されている<sup>167</sup>。

---

<sup>162</sup> 배종대・前掲注(18) 662頁。

<sup>163</sup> 임웅・前掲注(26) 530頁。

<sup>164</sup> 이용식・前掲注(39) 238頁。

<sup>165</sup> 井田・前掲注(119) 340頁。

<sup>166</sup> 배종대・前掲注(18) 655頁。

<sup>167</sup> 김일수/서보학・前掲注(140) 321頁, 김성진・前掲注(110) 232頁。

ただ、過失成立を否定する根拠を不法の段階で認めるのか、それとも責任の段階で認めるかという問題は、上に見たように、「正当防衛」や「保安処分」などの問題に関わってくるので、理論的・実務的な側面から全く意味のないことであるとはいえない<sup>168</sup>。

私見としては、注意義務の判断基準は、「客観説」によることが妥当であると考え。客観説が、「一般通常人」という判断基準を類型化していく過程において、主観説との限界線を守り、その一般性と客観性にこだわる理由はどこにあるのであろうか。それは、このような一般的基準を提供することにより、国民に対する一般的行為基準を明確化するためである。主観説は、法規範を遵守することは行為者個人の意思によるものではないので客観的であると主張する。しかし、その規定遵守の可否がすべて行為者の能力により決められるとすれば、結局、その規範は主観的・個別的なものにはかならない。例えば、道路交通法に適用される注意義務規定がすべての道路交通参加者に対する有効な一般規定ではなく、個々の参加者の運転能力や注意能力により個別に判断されるとすれば、道路交通法は「万人に対する一つの法」ではなく、「万人に対する万人の法」になってしまうのである<sup>169</sup>。それは、過失規定が一般的行為基準を提示することができないことに帰着し、言い換えれば、刑法による一般予防をあきらめてしまうことを意味する。したがって、法規範が各生活領域にわたって客観的・一般的行為基準として働きかけることが必要であり、かつ可能であると考える限り、客観説がより妥当であるといわざるをえないのである。

---

<sup>168</sup> 이용식・前掲注(39) 239頁。

<sup>169</sup> 서보학・前掲注(36) 30頁。

### 第3節 注意義務の内容・予見可能性との関連性

ここまで検討してきたとおり，韓国の学説と判例は，過失の二重機能を認め，客観的過失を過失犯の構成要件要素として，主観的過失を過失犯の責任要素として捉える。そして，過失とは，刑法14条に定められている「正常の注意を懈怠」する行為であり，「正常の注意」とは「客観的注意」のことである。注意義務の内容については諸説があるが，注意義務は，行為者が自分の行為により生じうる保護法益に対する危険を認識（予見）し，そのような構成要件的结果発生を防止することであるので<sup>170</sup>，判例・通説は，これを「結果予見義務」及び「結果回避義務」として理解している<sup>171</sup>。「結果予見『義務』」及び「結果回避『義務』」は，結果の予見と結果の回避が「可能」であることを前提するので，論理必然的に，結果予見義務と結果回避義務は「結果の予見可能性」と「結果の回避可能性」とを前提とする<sup>172</sup>。

構成要件的结果の発生を防止し，他人の保護法益に対する侵害を防ぐためには，そのような結果に対する認識可能性ないし予見可能性が前提となる。こうした認識（予見）可能性に基づき，結果を回避することが可能でなければならない。結果の予見可能性と結果の回避可能性は，前者が後者の前提になるし，前者が肯定される場合の多くにおいて，後者もやはり肯定されるといった形で緊密に関連する。

学説の中には，客観的注意義務を「外的注意」と「内的注意」とに区分して説明する見解もある。「内的注意」とは「事前に十分な注意を払い，保護法益

---

<sup>170</sup> 이재상/장영민/강동범・前掲注（59）188頁。

<sup>171</sup> 조상제・前掲注（32）47頁。

<sup>172</sup> 윤종행・前掲注（3）91頁。

に対する危険を認識し、的確に判断する義務」であり、「外的注意」とは「法益侵害の危険が発生する可能性を認識した上で、これを回避するために適切な措置を採る義務」であるという<sup>173</sup>。「結果予見義務」は、主に精神的領域に属する「内的」義務であり、「結果回避義務」は、行為と関係する「外的」義務であると解されることもある<sup>174</sup>。内的注意は、具体的行為状況に照らして、自身の行為がどのような結果を発生させるのかを認識する義務である。そのため、精神的な緊張ないし意識の集中などが必要となる。その一方で、外的注意は、内的注意を払うことにより認知した危険性を防止するため、そのよう危険な結果が生じ得る行為を差し控えるという「不作為義務」や、そのような結果発生を積極的に阻止する「安全措置義務」、そして、その結果発生を回避するために一定な知識や情報が必要な場合にそれを得るための「問合せ・照会等を行う義務」を意味するのである<sup>175</sup>。

例えば、自動車を運転する者は、事故が起きないように注意しながら自動車を運転する注意義務がある。このとき、道路の具体的な状況、すなわち雨や大雪のような天候状況・交通量・通行人などを考慮した具体的な注意の集中が「内的注意」である。内的注意により、大雪で路面が滑りやすいことを認識した場合には、そのような危険を防止するため、スピードを出し過ぎないようにしたり、自動車を点検したり、スノータイヤを使用したりするなどして、結果を回避することが外的注意に該当することになる<sup>176</sup>。このような注意義務の分

---

<sup>173</sup> 윤종행・前掲注(3) 80頁。

<sup>174</sup> 임웅・前掲注(26) 526頁。

<sup>175</sup> 임웅・前掲注(26) 527頁。

<sup>176</sup> 배중대・前掲注(18) 661頁。一方、結果の予見義務を内的義務とする見解に対して、結

類と整理は有益なものといえよう。

## 第4章 結果の予見可能性をめぐって

### 第1節 韓国における予見可能性の意義

自分の行為により他人の法益を侵害する危険を認識・予見できないため、最初から自分の行為が正当なものであると思っている行為者に他人の法益を侵害しないことを要求することはできないであろう。法益の保護という目標を達成するためには、予見可能性が前提されなければならない<sup>177</sup>。結果の予見可能性のないところに、結果を「予見すべきであった」とか、そのような結果を「回避すべきであった」とかいう非難の契機は生まれないので、予見可能性が過失の前提であることについては、学説上争いがないところである<sup>178</sup>。問題は、予見可能性の役割・程度・内容・対象等をどのように理解するかであり、その中でも、予見可能性の「対象」と「程度」が議論の中心を成している。以下においては、日本・韓国の学説及び判例において、予見可能性の「対象」と「程度」がどのように理解されているのかについて検討を行うこととする。

韓国における通説・判例は、結果予見可能性を結果回避可能性との関係で理解しており、予見可能性は回避可能性の前提となると考えている。大法院の判例は、過失を認めるためには、「結果発生を予見できたにもかかわらず、その

---

果の予見義務は、危険を予見するために感知器を設置する行為などの外的義務による場合もあるとする見解がある。これについては、임웅・前掲注(26) 526頁以下を参照。

<sup>177</sup> 안동준・前掲注(117) 269頁。

<sup>178</sup> 曾根・前掲注(15) 337頁を参照。

結果発生を予見せず、その結果発生を回避することができたにもかかわらず回避しなかった過失が検討されなければならない<sup>179)</sup>とし、結果の予見可能性と結果の回避可能性の関係を説明している。通説は、結果回避義務は一般人を対象に課される義務であり、結果回避義務を遂行すれば結果が生じないことを前提とするが、それは、一般人がそのような結果実現を予見できる場合にのみ可能であるとし、予見可能性は結果回避措置を導く心的機制であるとする<sup>180)</sup>。判例・学説は、結果発生と因果関係の本質的部分に対する具体的予見可能性が必要であるということで見解が一致している<sup>181)</sup>。

「予見の対象」においては、①実際に法益侵害が発生した「その」客体に法益侵害の結果が生ずることを予見しなければならないのか、また、②行為者が予見できた因果過程とは異なる因果経過により法益侵害が発生した場合、行為者に過失が認められうるのかという点が問題となる<sup>182)</sup>。以下においては、各関連判例を素材として、予見可能性の「程度」や「対象」についての韓国の議論を概観することとする。

判例の中には、次のようなケースに関するものがある。Aの軍隊転役を記念する飲み会の途中で、甲がふざけて、「Aを海に落として心身を清めてあげよう」と提案し、同じ「生活館<sup>183)</sup>」の9名がこれに賛同し、皆でAを担ぎ、同生

---

<sup>179)</sup> 大法院 2007年9月20日 2006도294判決。

<sup>180)</sup> 안동준・前掲注(117)271頁。

<sup>181)</sup> 이재상/장영민/강동범・前掲注(59)196頁。

<sup>182)</sup> 김준호 「결과의 예견가능성으로서의 과실」 법조第666号 (2013) 222頁。

<sup>183)</sup> 軍隊内で兵が生活する施設空間をいう。従来、内務班・内務室とも呼ばれたが、政府の方針により2005年から用語を統一して「生活館」とした。

活館に近い岩盤まで移動した。その場所は、海と接する垂直傾斜の苔が生えた岩盤の上であり、岩盤の上は苔で滑りやすく、また、その日は暴風注意報が発表され普段より高い波が発生していた。ここで、乙はAの右腕を、丙はAの右足を、丁はAの左足をそれぞれ持ち、Aを胴上げの上、海へ落とそうとしたが、Aが手足を持たれた状況で乙の胸倉を取るなど激しく抵抗したので、丙はAの右足から手を離し、乙も胸倉を取る手を払いながらAから離れた。乙と丙とが手を離したことで一瞬、体のバランスを崩したAは、岩盤に落ち、そのまま海にすべり落ちた。そのとき、Aの左足を持っていた丁もAに巻き込まれ一緒に海に転落した。その後、Aは救助されたが、丁は救助されず溺死したという事案であった。

この事故で、被告人らは、丁の死亡につき、過失致死罪として起訴された（以下、これを【事例①】という）。このケースについて原審は、「過失犯が成立するためには、行為者の基本的な意思的行為があり、その過程で認識し得なかった結果が発生したときには、まずその行為と結果との間に相当因果関係が存在しなければならず、その結果発生を当然に認識・予見できたにもかかわらず、正常の注意義務を懈怠することで、結果発生を認識・予見できなかった点に過失犯の本質がある<sup>184</sup>」とした上で、本件では「Aを落とそうとした行為と丁の死亡との間に相当因果関係があるとは言えず、さらに、被告人らと丁は、ともに基本的な意思的行為の主体の立場にあった関係で、丁の死亡を認識・予見することは、被告人ら行為主体の領域内である通常人としては到底期待し得

---

<sup>184</sup> 陸軍高等軍事法院1990年7月5日 90㏽89判決。

ないため<sup>185</sup>、行為の客体または対象として結果発生が予見できるAに対する注意義務は別論としても、被告人らには丁に対するいかなる注意義務も認めがたい」として、丁に対する過失致死罪を否定し、無罪を言い渡したのである。

これに対し、大法院は、Aが海に滑り落ちたのは海に落とされないように激しく抵抗する過程で起きたことであり、Aが海に転落する際に丁が巻き込まれたのであれば、被告人らの「Aを海に落とそう」とした行為は、丁の死亡との間においても相当因果関係がないとはいえないとし、丁死亡に対する因果関係を認めた。また、「滑りやすい岩盤の上で、Aが海に落とされないように激しく抵抗するのであれば、同人の手足を持っていた者達の中でも、身体の重心を崩して滑ったり、同人に巻き込まれたりして海に落ちる危険性があるということは、現場にいた人なら誰でも容易に予見できた<sup>186</sup>」（下線は筆者）として、丁死亡との関係での過失致死罪の成立を認めたのであった。

本件事案においては、被告人らの行為の対象であった「A」に対する予見可能性については原審と大法院ともそれを認めた。ただし、「現に死亡した」丁の死亡に関しては、原審と大法院との間で見解が分かれた。この判例における2つの核心的な問題は、(1)法益侵害の危険のある行為を直接にした「A」ではなく、そのような行為の対象ではなかった「丁」の死を予見することができたのか、(2)被告人らの行為と結果発生の上に因果関係を認めることができるのかという点である。ここで、(1)の「何」に対する予見可能性が必要であるのかにつき、原審は予見可能性の対象を「行為者の基本的な意思的行為」の客体

---

<sup>185</sup> 裁判所は、Aを「行為の客体」、その他の者を「行為の主体」と分けて考察していると考えられる。すなわちその他の者の生活領域における正常人による判断が、判断の基準となる。

<sup>186</sup> 大法院1990年11月13日 90㉔2106判決。



となるものに限るとした。すなわち、ある行為（Aを胴上げし海に落とそうする行為）を行う行為主体（本件の被告人及び丁）と、その対象となる行為客体（A）の間において、行為主体は自分の行為の客体に対して法益侵害結果が発生することは予見できるが、その他の者（特に、行為主体の1人であった共同正犯者）に構成要件的结果が発生することは予見できないとするのである。本件事案に即してみると、被告人らは、自ら行う行為がAに向かっているものであるため、Aを胴上げし海に落とそうする行為により、Aに死傷の結果が生じ得ることは容易に予見できたといえよう。しかし、Aを胴上げし海に落とそうする行為により、その行為を一緒に行った「丁」に死亡の結果が生じることは、「一般通常人」としては予見できないとしたのである。

これに対し、大法院は、滑りやすい岩盤の上で、さらに暴風注意報も発表された状況で人を海に投げようとする危険な行為をするのであれば、その行為の客体たる「A」だけではなく、この行為の主体側にも海に転落する可能性が生じることを予見できるとした。大法院は、「Aを胴上げし海に落とそうとした行為」のみに着目した原審判決とは異なり、滑りやすい岩盤の上でAを胴上げし海に落とそうする際に、「Aが激しく抵抗した」ことまで視野に入れ、Aの激しい抵抗により、Aを抱えていた人も海に転落して死亡することが予見可能であるとしたのである。また、予見可能性の有無の判断基準については、原審は、「被告人ら行為主体が属する社会的領域における通常人」を基準としたが、大法院は「その現場にいた人」とし、予見可能性の判断基準を原審より狭く設定したのである。

(2)の因果関係に関しては、「Aを胴上げし海に落とそうとした行為」と「丁の死亡」の間に相当因果関係を認めることができるのかが問われた。原審

はこれを否定したが、大法院は、丁が「Aに巻き込まれ」海に転落するのは、危険な場所でAを胴上げし海に落とそうとした行為の過程で生じたものであるとし、因果関係が認められるとした。このように、判例は、実際に法益が侵害されたものを的確に予見できたかではなく、「具体的な状況」から見てそのような結果が予見できたのかを判断している。とりわけ結果発生の高度の可能性のある行為や、危険な状況での行為に関しては、予見の対象はかなり大幅に抽象化されるのである<sup>187</sup>。

別の判例として、大法院は、一緒に飲酒した後、泥酔して意識のない人をろうそくのついていた部屋に運び、ろうそくを消さずその部屋を出たが（当時ろうそくは、被害者の足元から70－80cmの離れたところにあった）、その後起こった火災により被害者が死亡したという事案につき（以下、これを【事例②】という）、「泥酔した被害者が寝返りし、足や布団の裾でろうそくに触れるとき、それが倒れて布団やビニール床または壁紙などに移り、火災が発生する可能性があり、また、火災が発生した場合には、火災に対処する能力のない被害

---

<sup>187</sup> このように予見の対象を抽象化する判例は、日本でも見られる。普通貨物自動車を制限速度30kmを大幅に超える時速65kmで進行させている中で、対向車両を認識しあわてて操作を誤り、道路の左側に設置してある信号柱に自車左側後部荷台を激突させたことにより、運転者の知らないうちに後部荷台に乗車していた2人を死亡させたという事案につき、日本の最高裁は「右のような無謀ともいふべき自動車運転をすれば人の死傷を伴ういかなる事故を惹起するかもしれないということは、当然認識しえたものといふべきであるから、たとえ被告人らが自車の後部荷台に前記兩名が乗車している事実を認識していなかったとしても、右兩名に関する業務上過失致死傷罪の成立を妨げないと解するべきであり」とし、「無謀ともいふべき自動車運転」による事故を前提に、予見可能性の対象を「人の死傷」で足りるとした。最高裁平成元年3・14 刑集43巻3号262頁（荷台無断同乗事件）。

者が死亡する可能性があったことを予見できた」<sup>188</sup>とし、被害者の死亡についての予見可能性を認めた。

その他にも、車の始動を止めてローギアに変更した状況で、車のキーを差し込んだまま助手席に11歳の息子を残して車を離れていた際に、助手席の子供が運転席に移動し、車のキーを回しながらアクセルを踏んで車両を発進させたことにより、路上の人たちを死傷させたという事案に関し（以下、これを【事例③】という）、「本件事故の発生は、息子のAの行為が直接的な原因であったとしても、本件事故の具体的な経緯に照らして、キーを差し込んだまま、他の制御装置もせずにローギアに変更したのであれば、事故当時11歳9ヶ月の子供が好奇心で運転機器に手を出すこともあり得るし、特に、差し込まれたキーをまわしてアクセルを踏むなどの単純な行為により車両が進行できる状況で、子供を車内に残したまま運転席を離れたことで、上記の子供が車両を進行させ、その結果、当時の道路の状況から見て人身事故が発生しうることを十分予見できたといえるので、…(省略)…、被告人の過失は、本件事故発生の間接的な原因であったとしても、本件死傷との結果と法律上の因果関係があるとみると相当である」とし、実際の行為者は第三者（息子）であるにもかかわらず、被告人に業務上過失致死傷罪を認めた<sup>189</sup>。

以上のように、判例は、天気の悪い日にすべり易い岩の上で人を胴上げして海に落とそうとするなどの危険ないたずら行為をしたこと（【事例①】）、泥酔者の近くにあるろうそくを消さずに放置したこと（【事例②】）、車にキーを差し込んだまま子供を車に残してその場を離れたこと（【事例③】）などの行為

---

<sup>188</sup> 大法院1994年8月26日 94㉔1291判決。

<sup>189</sup> 大法院1986年7月8日 86㉔1048判決。

から法益侵害結果が発生しうることを予見できるとし、この場合、実際に法益侵害が発生した「その客体」に法益侵害の結果が発生することを予見できることまでは求めている。同様の傾向は、ゴルフ中に発生した傷害事件に関する判例においても見られる。事案は、被告人が、スイングをする際に、ボールを遠くまで飛ばそうとするあまり肩に力を入れすぎ、体の重心が崩れて体を回転させすぎたため、ゴルフボールが被告人の背後に向かって飛び、当時被告人の後ろから約8m程度の離れた地点にいたキャディの下腹部を強打し傷害を生じさせたというものである。このケースにつき、大法院は、「運動競技に参加する者が、競技規則を遵守する中で、または、その競技の性格上、当然に予想される程度の軽微な規則違反で傷害の結果を発生させ、それが社会的相当性を超えなかった行為なのであれば過失致傷罪は成立しないといえるが、ゴルフ競技をする中、ゴルフボールを打って誰も予想できなかった自分の背後の方向に飛ばし、被告人の後ろにいた競技補助員（キャディ）を傷害させた場合には、注意義務を著しく違反した社会的相当性の範囲を超えた」行為が認められるとして、過失致傷罪の成立を認めた(以下、これを【事例④】という)<sup>190</sup>。

本件に関して、判文中の「誰も予想できなかった」という表現は誤解を招きやすいであろう。これは一見すると、本判決が、結果の予見が不可能な場合でも、結果の回避措置を採ることを要求しているようにも考えられ、予見可能性とは独立に結果の回避義務違反を認めているように見える。すなわち、ゴルフを行う一般通常人であれば、「ゴルフ中にゴルフボールが後方に飛んで、後方にいる人を打撃すること」を予見できるのかということについて、判例が「ゴ

---

<sup>190</sup> 大法院2008年10月28日 2008도6940判決。

ゴルフボールが後方に飛ぶのは誰も予想できない」としながらも、本件過失致傷罪を認めているように見えるのである。しかしながら、判例が、もし結果の予見可能性を否定したのであれば、結果回避義務は要求できず、したがって、本件事故は「運の悪い不幸な事故」ととどまり、刑事責任を追及することはできないといわざるを得ないであろう。それにもかかわらず、判例が注意義務違反を認めた根拠はどこにあるのだろうか。たしかに、ゴルフ場で一般的に行われる「スイング」行為では、ボールが後方に飛び人を怪我させることは容易に予見できない。しかし、被害者が行ったような、肩に力をいれすぎ、身体の重心が崩れた状態でのスイング行為に焦点を当てれば、結果の予見可能性を肯定することができよう。ゴルフを行う一般通常人から見て、このように身体の重心が崩れた状態での「無理なスイング」が、ボールを後方に飛ばしうることは予見できないとはいえないのである。そこでは、身体のバランスが崩れた状況にあるならば、ボールを打つことをやめたり、または打球の方向を変えたりすることなどの結果回避義務が発生するといえよう<sup>191</sup>。

---

<sup>191</sup> 김성돈・前掲注(110) 35頁。

## 第2節 日本における結果の予見可能性の意義

日本においては、予見可能性をめぐり、具体的予見可能性説と危惧感説とが対立している。この対立は、予見可能性における予見の「対象」とその「程度」という2つの問題と関連しているといえよう。

### 第1款 危惧感説

危惧感説は、新過失論を前提として、予見可能性が非常に低い場合でも、結果回避義務を肯定する学説である。危惧感説においては、予見可能というためには、結果発生に至る具体的因果関係の予見までは必要とせず、一般人にとってある種の結果防止措置をなす旨の負担を命ずるのが合理的だと思われる程度の「危惧感」があれば予見可能性が認められるのである<sup>192</sup>。そして、危惧感があれば、その危惧感を払拭するための結果回避措置を採るべき注意義務が生じ、その義務に違反した行為を過失行為と解することになる<sup>193</sup>。危惧感説が展開されるきっかけとなったのは、「森永ヒ素ミルク事件」であった。この事件の差戻し後の第1審判決は、「予見可能性は、行為者の結果回避義務として結果防止に向けられたなんらかの負担を課するのが合理的だということを裏付ける程度のものであればよく、したがって、この場合の予見可能性は具体的な因果経過を見とおすことの可能性である必要はなく、何事かは特定できないが、ある種の危険が絶無であるとして無視するわけにはいかないという程度の危惧感で

---

<sup>192</sup> 松宮・前掲注(82) 223頁を参照。

<sup>193</sup> 曾根・前掲注(15) 348頁を参照。

あれば足りる」として危惧感説を採用し、工場の製造課長（のみ）の刑事責任を肯定したのであった<sup>194</sup>。

危惧感説は、公害・薬害等の未知の危険の問題と関連して、結果防止の措置の負担を命ずるのが合理的であると思われる程度の危惧感・不安感があれば、過失を肯定できるので、いわゆる「現代型犯罪」に対する効率的な対応が可能というメリットがある。しかし、危惧感説は、法益侵害結果に対する心理的連関を不要とする点で責任主義違背の疑念を免れず<sup>195</sup>、危惧感・不安感だけで過失があるとするのは、「疑わしきは罰せず」という刑法の精神に違背する恐れがある点などが指摘されている。これに対し、たしかに危惧感説が「何が起こるかはわからないが、何か起こりそうである」という程度の危惧感があれば足りるとすれば、そこでは被侵害法益との関連性が曖昧・漠然としているという問題が生じ、結果回避のための具体的対応を想定することが困難となるが、予見可能性の法益関連性までは要求するという点で修正を施す限り、「予見可能性の結果回避関連性」を肯定する危惧感説は基本的に支持されるべきであるとする見解がある<sup>196</sup>。すなわち、万が一の程度の結果発生の可能性があるにすぎない場合であっても、その低いレベルに対応する結果回避義務が課されてもよいケースがあるとするのである。さらに、予想される危険との相関関係を考慮して比例原則をここに適用し、義務の履行可能性をもあわせ考慮した上で義

---

<sup>194</sup> 徳島地判昭和48・11・28 判時721号7頁。この事件の詳細については、特に高松高判昭和41・3・31 高刑集19巻2号136頁を参照。

<sup>195</sup> 松原・前掲注（30）293頁。

<sup>196</sup> 井田・前掲注（155）118頁。

務内容を確定すべきとする見解も新たに主張されている<sup>197</sup>。

## 第2款 具体的予見可能性説

いわゆる北大電気メス事件控訴審判決<sup>198</sup>では、予見可能性に関して「内容の特定しない一般的・抽象的な危惧感ないし不安感を抱く程度では足りず、特定の構成要件的结果およびその結果に至る因果関係の基本部分の予見を意味するもの」と判示された。ただ、本判決は危惧感説を明示的に否定したものの、特定の構成要件的结果およびその結果に至る因果関係の基本部分の予見可能性のみを必要とする「具体的予見可能性説」を採用した。日本の判例において、因果関係の予見可能性が要求されるのは、結果自体については予見可能性が認められるとしても、およそ予見しえない経過をたどって結果が発生した場合には行為者に過失責任を問えないと考えられているからであろう<sup>199</sup>。北大電気メス事件では、「ケーブルの誤接続をしたまま電気手術器を作動させるときは電気手術器の作用に変調を生じ、本体からケーブルを経て患者の身体に流入する電流の状態に異常を来し、その結果患者の身体に電流の作用による傷害を被らせるおそれがある」とは予見可能であったとして、看護師について業務上過失致死傷罪の成立を認めた。このように、具体的予見可能性説も、具体的結果と因果関係の詳細が予見可能であることまでは要求せず、「特定の構成要件的结果およびその結果に至る因果関係の基本部分」の予見があれば足りるとする

---

<sup>197</sup> 樋口亮介「注意義務の内容確定基準：比例原則に基づく義務内容の確定」刑事法ジャーナル39号（2014）48頁。

<sup>198</sup> 札幌高裁昭和51・3・18 高刑集29巻1号78頁。

<sup>199</sup> 曾根・前掲注(15) 350頁。



のである<sup>200</sup>。とはいえ、予見可能性の対象としての「因果関係の基本部分」が  
いかなるものなのかは、必ずしもはっきりしない。いわゆる生駒トンネル事件  
を見ると、第1審は「炭化導電路の形成現像」を「因果関係の基本部分」とし  
てみた上で、予見可能性を否定したが、最高裁は「炭化導電路が形成されると  
いう経過を具体的に予見することはできなかつたとしても、右誘起電流が大地  
に流されずに本来流れるべきでない部分に長期間にわたり流れ続けることによ  
って火災の発生に至る可能性があることを予見することはできたものというべ  
きである」として被告人の過失を肯定した<sup>201</sup>。最高裁判例が予見の対象に関し  
「因果経過の基本部分」を問う見解を採るかどうかは明らかではないが、いず  
れにしても予見の対象をかなり抽象的に捉えていることは明らかである<sup>202</sup>。こ  
のことは、因果関係の基本部分の設定のいかんによっては予見可能性が容易に  
肯定され得ることを意味するものにほかならないのである<sup>203</sup>。

以上のように、「予見の対象」に関する実際的な結論という点では、具体的  
予見可能性説と危惧感説との相違はほとんど認識できないといえよう<sup>204</sup>。具体  
的予見可能性説は、過失を肯定するためには構成要件該当事実が生じることに  
関して「ある程度高度の」予見可能性が必要であるとする<sup>205</sup>。このように、予  
見の程度についての見解の相違により、危惧感説と具体的予見可能性説とが区  
別されるものといえるのである。

---

<sup>200</sup> 山口厚「予見可能性の意義(3)」刑法判例百選1総論〔第7版〕(2014)109頁。

<sup>201</sup> 最高裁平成12・12・20 刑集54巻9号1095頁。

<sup>202</sup> 井田・前掲注(112)152頁を参照。

<sup>203</sup> 大塚裕史「予見可能性の意義(1)」刑法判例百選1総論〔第7版〕(2014)104頁。

<sup>204</sup> 井田良「過失犯理論の現状とその評価」研修第686号(2005・8)9頁を参照。

<sup>205</sup> 山口・前掲注(86)255頁。

### 第3節 小括と私見

韓国の判例・学説は、注意義務の内容は結果予見義務と結果回避義務からなると解しており、結果予見義務と結果回避義務はそれぞれ結果予見可能性と結果回避可能性を前提としていることは上述のとおりである<sup>206</sup>。韓国の判例は、「過失を認めるためには、結果発生を予見でき、またそれを回避できたにもかかわらず、これをしなかったことが認定されなければなら」ないとしており、過失を認定するためには、結果予見可能性と結果回避可能性の両方が必要であることを明らかにしている<sup>207</sup>。

まず、結果予見可能性についてみると、日本では、予見可能性を肯定する法的要件をめぐって「具体的予見可能性説」と「危惧感説」が対立している。通説・判例によれば、因果関係は、現実が発生した態様の具体的な結果と因果経過の詳細について予見可能性があったことまでは要せず、その類の構成要件的结果の発生とそれに至る因果関係の基本部分を予見し得たことで十分であるとす。 「因果関係の基本部分」とは、結果可能性に直結する事実であり、それを予見すれば結果の発生が予見できたような事実を指すとする。また、因果経過に介在する要因も見越して採られるべき安全措置を怠った場合には、当該要因は「基本部分」に当たらない<sup>208</sup>。一方、韓国では、学説・判例とも、「具体的予見可能性説」が確立されているが、予見可能性をめぐり理論の対立はみられない。日本の通説も「具体的予見可能性説」であるので、日・韓両国とも、通説・判例は「具体的予見可能性説」を採用しているといえる。ただ、何を具体

---

<sup>206</sup> 임웅・前掲注(26) 525頁。

<sup>207</sup> 大法院 2010年3月25日 2008도590判決。

<sup>208</sup> 松宮・前掲注(82) 222頁。

的に予見しなければならないのか、どの程度まで予見可能であることを意味するのかは明らかではなく、その捉え方いかんでは、具体的予見可能性説が危惧感説に接近することとなる<sup>209</sup>。上記で検討したように、判例は、——日・韓両国とも——、具体的予見可能性説を採用しながらも、「予見の対象」を大幅に抽象化していると思われる。北大電気メス事件に関する札幌高裁判決も因果経過の基本部分の予見が可能であることを要求しながら因果経過をかなり抽象化に捉えている<sup>210</sup>。韓国の判例においても、とりわけ「結果発生の高度の可能性がある行為（危険行為）」や、「結果発生の高度の可能性がある状況での行為」が行われたとき、予見の対象を抽象化する傾向が看取される。このように、実際には、韓国の判例も、具体的予見可能性を相当に緩和して適用しており、予見の対象に関しては日本の危惧感説の立場に近づいているとさえいえよう。たしかに、韓国では、予見可能性の内実を検討する際に「危惧感説」と「具体的予見可能性説」という対立軸を設定した上での検討が一般的であるとはいえない。しかし、韓国の判例の中には、危惧感説に親近性があると考えられるものがあり、具体的予見可能性説を採用しながらもその内実が明らかにされていない韓国の過失論において、日本の「危惧感説」と「具体的予見可能性説」の対立は示唆的であると思われる。

そこでまず、危惧感説に親近性があると考えられる判例を紹介しよう。この事件は、各地域支部の献血移動車などから集められた血液を各地の病院に出庫する前に、採血された血液の適格性の確認検査を行われなければならないにも

---

<sup>209</sup> 井田良「予見可能性の意義（1）：北大電気メス事件」別冊ジュリスト刑法判例百選166号（2003）101頁。

<sup>210</sup> 井田・前掲注（112）152頁。

かかわらずこれを怠り、B型肝炎の陽性判定を受けた者や、C型肝炎の陽性判定を受けた者、さらにはHIVの陽性判定を受けた者などから採血された血液（いわゆる非適格血液）を各病院に出庫させたというものであった。各病院では、この非適格血液を手術時に輸血し、患者らをC型肝炎に感染させたのであった。この輸血事故において、血液院の院長らの過失の有無が問題とされた。ソウル中央地方法院は、「血液院が輸血に必要な血液を採血・供給する業務は、輸血者の生命・身体に直接に影響を与えるものであるので、血液院の業務を遂行する者は、上記の規定を最大限遵守しなければならない、これに違反した結果、輸血された者に被害を与えた場合、被害法益の重大性を考慮して、具体的な結果予見可能性を問わずに厳格な結果回避義務を要求し、行為に不安感が随伴したのであれば過失を認めることにより処罰範囲を拡大する必要があるといえよう<sup>211</sup>」（下線は筆者）とし、血液院長について業務上過失致傷罪の成立を認めたのである。

本判決は、その業務が人の生命・身体に対して直接に影響を与えるものであることなどを考慮し、その場合、厳格な結果回避義務が要求され、具体的な結果の予見可能性は必要でなく、不安感があれば足りるとした。これは、不安感だけで結果回避措置を行うべき義務を肯定し、この義務に違反すれば過失の成立を認めることで刑事過失の成立範囲を不当に拡大するもののようにも見える。たしかに、その行為から「何が起こるかわからないが起こりうるかもしれない」という不安感だけで足りるとすることは結果回避義務との関連性からしてあまりにも漠然としたものといえよう。しかし、この判例は、血液院の採血・血液

---

<sup>211</sup> ソウル中央地方法院2006年8月29日 2006ㄴ690判決。

の供給という業務の特性からみて、その業務上の注意を怠ったときに生じうる被害の重大性などを考慮し、そのような結果が生じないように結果回避義務を課するのであって、予見可能性はその結果回避義務を課する前提になる範囲に限られるのである。予見可能性は、あくまでも一定の結果回避義務を課す前提としての、法益関連性のある予見可能性でなければならないであろう<sup>212</sup>。

本件事案に即して見ると、献血者の過去の献血経歴や、従来の検査結果の照会が規定されている旧血液管理法9条1項の違反が認められる以上、——たとえ輸血者に肝炎を感染させ得る可能性が低いものであるとしてもそれが認められるのであれば——その「低い程度の可能性の意識」を払拭するに足りるだけの結果回避義務を義務づけてよいと解されるのである。したがって、結果回避義務違反を過失認定の中心に据える立場を前提としつつ、課されるべき結果回避措置の内容いかんによっては結果発生の可能性はかなり低いものであってもかまわないとする見解<sup>213</sup>が支持されるべきである。

もちろん、過失犯が認められるためには、行為者の過失と構成要件結果発生間に因果関係（結果回避可能性の関係）が認められなければならない。大法院は、「血清による肝機能の検査を施行しなかったか、またはこれを確認しなかった被告人らの過失と被害者の死亡との間に因果関係があるといえるためには、被告人らが手術の前に被害者に対する肝機能の検査を行ったのであれば被害者が死亡しなかったことが立証されなければならない」（下線は筆者）とし、行為者が注意義務を果たしたのであっても同様の結果が生ずることが明らかであれば、注意義務違反と結果発生間の因果関係を否定する。したがって、行

---

<sup>212</sup> 井田・前掲注（112）154頁。

<sup>213</sup> 井田・前掲注（209）101頁。

為者に注意義務違反（過失）が認められても、その過失と結果発生との因果関係がないのであれば、過失結果犯の成立が否定されるのである。この判断につき、韓国の判例は、「仮に注意義務を果たしたのであれば、同様の過失結果が発生したのか否か」を基準としている。判例の判断方法に対しては、判断の前提となる基準があくまで仮定的であるので、場合により、仮に注意義務を果たしたというとき、その結果発生が生ずるか生じないかに関する明確な答えを出せない場面があることが指摘されているところである<sup>214</sup>。

#### 第4節 管理・監督過失における予見可能性

日本と韓国で際立った違いがある過失単独犯に関連する議論として、日本における管理・監督過失論がある。監督過失とは、直接行為者に対する監督的立場にある者の過失を指し、管理過失とは、物的設備・人的体制の不備が結果を発生させたときの管理者による過失のことをいう。科学技術が進歩・発展すると、技術が誤用された場合に生じる甚大な法益侵害に直面せざるを得ないため、潜在的な危険を表面化させることなく事故を未然に防ぐためには、事故を直接引き起こした過失行為者だけでなく、危険を管理し、または他の注意義務を負うべき者を監督すべき人についても過失責任を問う必要が生じてくる。そのため、日本では、ホテルやデパート、病院などでの火災事故<sup>215</sup>をきっかけとして、

---

<sup>214</sup> 신동운・前掲注(14) 245頁。

<sup>215</sup> 大規模火災における管理監督過失に関する判例として、札幌高判昭和56・1・22 刑判13巻1・2号12頁（白石中央病院事件）、最決平成2・11・16 刑集44巻8号744頁（川治プリンスホテル事件）、最決平成2・11・29 刑集44巻8号871頁（千日デパート事件）、最決平成3・11・14 刑集45巻8号221頁（大洋デパート事件）などがある。

1990年代から、管理・監督過失論が盛んに議論されるようになった。直接行為者のみではなく、直接行為者を監督する立場であった者や、事故を防止する対策を講じなかった管理者に対しても刑事責任を問うことが可能かというのが、管理・監督過失の問題である。

広義での監督過失を、直接に結果発生の原因を設定した者や、過失結果が生じないように防止する業務を遂行する者を指導・指揮・監督する立場である監督者の落度である（狭義の）監督過失と、管理者に責任がある物的設備・人的体制の不備それ自体が結果発生との間で因果関係を有する管理過失とに分類するのが一般的であることが多い<sup>216</sup>。ホテル等の火災によって多数の死傷者が発生した場合、これらの建物の管理権原者や防火責任者に防火設備の不設置、避難誘導訓練の不実施などの不作為の刑事責任が追及され、それが業務上過失致死傷罪の実行行為とされる<sup>217</sup>。そこで、故意不作為犯の場合と同様に、保証人的地位や作為義務の発生根拠の問題が生じる。作為義務の根拠としては、消防法や建築基準法といった行政法規が考えられるが、より実質的に危険源の管理・支配を根拠にこれを肯定することが多い。作為義務の具体的内容は、防火のための物的設備を充実させ、かつ従業員による避難誘導訓練の実施など人的体制を整備しておく義務（安全体制確立義務）である。過失犯の実行行為を、安全管理が十分でない危険な建造物に客を招き入れる作為だとする見解もあるが、安全体制確立義務の懈怠という不作為であると解するのが通説の立場である。判例実務もまた、防火管理権限を掌握し、行使しうる者は誰かという観点から義務の主体を限定しているといいうる。

---

<sup>216</sup> 井田・前掲注（119）95頁を参照。

<sup>217</sup> 上寫一高「監督過失」刑事判例百選Ⅰ総論〔第7版〕（2014）118頁を参照。

とりわけビル火災の場合の管理・監督過失論に関して特に問題になるのは、過失犯の成立には予見可能性が必要であるが、火災はいつどこからどのような原因で発生するのか実際に予見することは困難ではないかという点である。防火管理義務の懈怠それ自体だけでは、結果を惹起するだけの切迫した危険を有しているわけではなく、出火という結果発生を促進する要因が介在してはじめて結果発生 of 具体的な危険性を帯びる。そこで、出火そのものについての予見可能性を検討する必要があるかどうか問題となる<sup>218</sup>。

この点につき、ホテルニュージャパン事件最高裁決定は<sup>219</sup>、「昼夜を問わず不特定多数の人に宿泊等の利便を提供するホテルにおいては火災発生 of 危険を常にはらんでいる上、被告人は、昭和54年5月代表取締役社長に就任した当時から本件建物の9階と10階等にはスプリンクラー設置も代替防火区画も設置されていないことを認識しており、また、本件火災の相当以前から、既存の防火区画が不安全である上、防火管理者であるAが行うべき消防計画の作成、これに基づく消防訓練、防火用・消防用設備等の点検、維持管理その他の防火防災対策も不備であることを認識していたのであるから、自ら又はAを指揮してこれらの防火管理体制の不備を解消しない限り、いったん火災が起これば、発見の遅れや従業員らにおいて適切な情報や避難誘導を行うことができないまま、建物の構造、避難経路等に不案内の宿泊客らに死傷の危険の及ぶおそれがあることを容易に予見できたことが明らかである」と判示した。本決定は、出火の原因が客室におけるタバコの不始末である事案に対して、「昼夜を問わず不特定多数の人に宿泊等の利便を提供するホテルにおいては火災発生 of 危険を常に

---

<sup>218</sup> 大塚裕史「予見可能性の判断構造と管理・監督過失」刑法雑誌39巻3号(1997)369頁を参照。

<sup>219</sup> 最決平成5・11・25 刑集47巻9号242頁。



はらんでいる」としており、火災発生の一般的な危険性があれば足り、具体的な火災発生や出火原因、その態様についての予見可能性は要しないとしたのである。

学説上の通説も、出火原因や出火の正確な日時・場所が予見可能でなくても、これらの火災管理体制が完備さえしていれば、火災の拡大を防止し、宿泊客の死傷結果をある程度回避できたと予見できるのであれば、予見可能性ありとするに十分だとしているといえよう。これは、出火後に結果を阻止できるような安全体制を確立しておかなかったことに対する責任を追及しているのだから、出火の点は問題にならないという趣旨であろうと思われる<sup>220</sup>。しかし、出火しない限りは死傷結果が発生するということもありえない以上、出火は因果経過の本質的部分をなすものであり、具体的な予見可能性がなければ過失を認めることは許されない、とする批判も有力である<sup>221</sup>。

以下では、従業員による過失結果発生に対する（直接行為者ではない）監督者の刑事責任に関する韓国の理論と実務の状況を簡単に紹介することとする。韓国では、管理・監督過失という理論構成はなされていないが、「監督(者)責任」という概念は業務上過失との関連で一般的に使われている。監督責任とは、「業務その他の社会生活上の関係において、自己の監督下にいる他人の行動に間違いがないように監視・監督・指揮する義務のある者の責任」である、とされる<sup>222</sup>。このように、監督責任は、他人の過失の介入を必要条件とするので、

---

<sup>220</sup> 大塚・前掲注（218）370頁を参照。

<sup>221</sup> 特に、松宮・前掲注（145）237頁以下、大塚・前掲注（218）369頁以下を参照。

<sup>222</sup> 이종원 「감독과 실론」 단국대학교 법학논총第23卷1号(1997)169頁以下。

監督者本人の行為責任や、両罰規定における事業主の責任とは区別される<sup>223</sup>。監督責任における監督者の過失行為は、結果発生との間に直接行為者（被監督者）の過失行為を介在させるので過失結果に対し間接的・遠隔的に影響を及ぼすものとなっている。大企業のように、指揮・命令の体制が重疊的・段階的な構造となっており、監督者と被監督者が複数人いることも多いので、監督責任においては、予見可能性、因果関係の対象や程度、監督責任を負う者の範囲とその特定方法などが問題となるのである。

韓国の判例において、管理監督者に安全体制の確立義務ないし監督義務の懈怠の刑事責任を認めているものを大きく分けると、①業務上過失犯の単独犯を認める場合と、②業務上過失犯の共同正犯を認める場合とに分類することができる<sup>224</sup>。この中で、後者の業務上過失犯の共同正犯を認めている判例については、本論文の第3編以下で詳細に検討することとし、ここでは、管理監督者の管理監督義務違反行為を業務上過失犯の単独犯として認めた事案を紹介することとしたい。

まず、ホテルの火災事故における管理監督者の責任を見ると、ホテルで連続放火犯による火災が発生したが、ホテルの火災警報器などが封されていたため、火災を知らせることが遅くなり、しかも非常扉が固定されていて宿泊客が迅速に退避することができず、多数の死傷者が発生した事故について、ホテルの社長と営繕課長の過失責任が問われたものがある。大法院は、「被告人らは、ホテルの社長・営繕課長として、火災が発生すれば火が拡大しないように、階段

---

<sup>223</sup> 이동명 「감독과실의 본질과 형사책임」 법학연구第55輯(2014)271頁以下。

<sup>224</sup> 김유근 「선임감독자의 『일반적인』 범죄방지(선임감독)의무 위반행위의 범죄유형」 형사법연구第22卷第2号(2010)189頁。

と廊下などを遮断する甲種防火扉は常に自動開閉するようにし、宿泊客が迅速に脱出・退避できるように、各階の乙種防火扉(非常口)はいつでも内部から外部へ脱出方向に押すだけで開くようにし、火災感知器・受信器・主警鐘を完璧かつ正常的に作動させるように施設管理しなければならない業務上の注意義務があつた。〕…(省略)…被告人らの注意義務懈怠の結果として、建物の火災発生時に宿泊客などに迅速に火災を知らせることができず、発火地点からの上下階等への燃焼防止が不十分となり、また宿泊客を非常口を通じて迅速に屋外へ退避させえない事態が生じることは経験上明白であり、十分に予見可能である<sup>225</sup>」とし、ホテルの社長と営繕課長に業務上過失致死傷罪を認めた。

本件では、出火の原因やその態様、出火の時期などに関する具体的な予見可能性は問わず、普段から火災警報を封したり、非常扉を固定するなどの注意義務違反行為から、火災による宿泊客の死傷の予見可能性を肯定した。この事件の原審判決は、ホテルの社長の注意義務違反を検討する際に、「被告人は本件ホテルの個人経営者として、同ホテルの経営管理を総括するにあたって、営繕課長と前段記載と同様の注意義務があるだけでなく、さらに、営繕課長にて記載のような措置を採るように確認および指揮・監督することにより火災事故の発生及び拡大を防止しなければならない業務上の注意義務があつた」

(下線は筆者)とした。これは一見すると、判例が(日本の学説でいう)管理・監督過失の法理を認めているようにも思われるが、しかし判例は、管理監督者(社長)の刑事責任の根拠を、従業員への指揮・管理・監督の懈怠から導くのではなく、管理監督者の「業務上の注意義務」から直接に導いたのであった。すな

---

<sup>225</sup> 大法院1984年2月28日 83㉔3007判決。

わち、管理監督者は、従業員の指揮・管理懈怠という間接的な形で過失結果の発生に関わったのではなく、「業務上注意義務違反」という形で直接に関与したのである。過失結果の発生において、管理監督者の過失と従業人の過失はそれぞれ競合関係にある<sup>226</sup>。そのため、管理監督者の注意義務違反は、——直接行為者は被監督者であるが——、当該構成要件的结果に対する「具体的・直接的」な原因を提供した点に求められる。換言すれば、管理監督者の過失を実際に生じた構成要件的结果と直結させ、「具体的・直接的」な原因となっている場合に限り過失責任は肯定されるが、管理監督者の義務違反が「一般的・抽象的」なものにすぎなければ過失責任は否定される。したがって、管理監督者の義務違反が「一般的・抽象的」であるのか、それとも「具体的・直接的」なものであるのかということが管理監督者の刑事責任の有無を決める分水嶺となるのである<sup>227</sup>。

そこで、大法院は、別のケースにおいて過失犯の成立を否定した。そのケースでは、ホテル付属のジムの施設管理担当者が、ジムに設置されていた燃焼中の石油ストーブに石油を追加した瞬間に発火し、ストーブの周りのカーペットや皮革椅子などに着火し、防火扉が開いていたため、一瞬でホテルまで燃え移り、100人以上の宿泊客が死傷したのであった。この事件では、ホテルの経営者たる会長の刑事責任が問題となったが、大法院は、「ホテルを経営する株式会社」に、代表理事、常務、支配人、管理部長、営業部長を置き、各所管業務を分担して処理させる一方、消防法所定の防火管理者まで選定して当局に申告し、

---

<sup>226</sup> 김유근・前掲注(224) 209頁。

<sup>227</sup> 「具体的・直接的注意義務」と「一般的・抽象的注意義務」の判断に関する韓国判例の傾向は、第4編第4節を参照。

同人にて消防訓練及び火器の使用または扱いなどの管理監督を任せた場合であれば、ホテル会長の責任は、『一般的・抽象的』指揮監督責任にすぎず、『具体的・直接的』指揮監督責任ではない」という理由で、会長の刑事責任を否定したのである<sup>228</sup>。このように、韓国の判例は、管理監督者の刑事責任を認める際に、被監督者の過失行為について責任を負う根拠を、管理監督者の業務性から生ずる「業務上の注意義務」と捉えており、その注意義務を違反した場合に業務上過失犯の単独正犯を認めているのであって、日本の管理・監督過失論とは異なる理論構成を用いているのである。

## 第5章 過失犯における結果回避可能性

行為無価値論に立脚する新過失犯の立場からは、結果回避義務違反の実体は、社会的相当性の観点から要請される「基準行為からの逸脱」という点にあるとされた<sup>229</sup>。注意義務の両軸をなす結果予見義務と結果回避義務の関係を見ると、原則的に、構成要件的结果の予見が可能な場合にはそれを回避する方策が採られなければならない。しかし、結果の予見可能性が認められるとしても、仮に結果回避義務を尽くしていたとしても何らかの事情で同一の結果が発生する場合は、行為者に過失責任を問うことはできない<sup>230</sup>。言い換えれば、結果の予見可能性が認められることが直ちに結果の回避義務違反を意味するのではない。韓国の判例は、「およそ過失責任を問うためには、単に事故発生危険性に対

---

<sup>228</sup> 大法院1986年7月22日 85도108判決。

<sup>229</sup> 大塚裕史「過失犯における実行行為の構造」下村康正博士古稀記念論文集『刑事法学の新動向(上巻)』(1995)162頁。

<sup>230</sup> 曾根・前掲注(15)354頁。

する予見可能性だけでは足りず、結果に対する回避可能性がなければならない。たとえその行為者にそのような予見可能性があったとしても、その危険を避けられるいかなる手段もない場合、すなわち結果に対する回避可能性がない場合には、その結果が不幸なことであるとしても、決してその行為者に刑事責任を負わせることはできない<sup>231</sup>」、としている。例えば、夜間の高速道路で、走行する車線を変更し、高速バスを追い抜いたその瞬間、3-40m前方に高速道路を横断しようとする甲を視認した場合、その時点でブレーキをかけても停止できず、甲を轢いて死亡させたとしても、甲の死亡結果を回避することができない以上、結果の予見は可能であったとしても結果回避が可能であったとは言いがたい<sup>232</sup>。

大法院も、「被告人が、通常予見できない事態たる通行人同士の衝突で被害者の体が車体の方に倒れるときに、直ちに制動装置を操作したとしても、上記のような結果発生を避けることができなかつたといえるので、結局、本件被告人の過失行為に関してはその犯罪の証明のないときに該当する<sup>233</sup>」とし、無罪を言い渡したのであった。

日本において、結果回避義務が1つの争点となった重要な裁判例としては、いわゆる薬害エイズ帝京大学病院事件に関する東京地裁判決<sup>234</sup>を挙げることができよう。本件では、帝京大学病院の第一内科長であり、同病院の血友病患者に関する治療方法を決定する権限を持っていた被告人が、同内科における血友病患者の出血に対しては非加熱濃縮血凝固因子製剤（非加熱製剤）が投与され

---

<sup>231</sup> 大丘地方法院2006年2月17日 2005고합29, 30, 35, 36(병합)判決。

<sup>232</sup> 韓国の判例はこの事案について信頼の原則を適用した。

<sup>233</sup> 大法院1986年8月19日 86도1123判決。

<sup>234</sup> 東京地裁平成13・3・28 判タ1076号96頁。

ていたところ、同科に通院するAが関節内出血の止血治療のために非加熱製剤の投与を受け、同病院の製剤がHIVに汚染していたため、AはHIVに感染し、エイズを発症して死亡した事案で、業務上過失致死罪に問われた。このケースについて、東京地裁は、「被告人にはエイズによる血友病患者の死亡という結果発生の予見可能性はあったが、その程度は低いものであったと認められる。このような予見可能性の程度を前提として被告人に結果回避義務違反があったと評価されるか否かが本件の帰趨を決めることになる。…(省略)…被告人が非加熱製剤の投与を原則的に中止しなかったことに結果回避義務違反があったと評価することはできない」とし、業務上過失致死罪の成立を否定した。

本判決においては、一定の結果回避措置を義務づけるためにはどの程度の予見可能性を要するのかという点が主な争点となった。本判決の過失判断の枠組みで注目されるのは、結果の予見可能性の程度が結果回避義務に応じて相対的に定められることであり、その意味で本判決は新・新過失論に親近性を有するのである<sup>235</sup>。

このように、過失の認定においては結果の予見可能性がその対象・程度においてかなり広い範囲で肯定されているため、結果回避義務違反に関する判断にあたっては慎重さが求められる<sup>236</sup>。そこで、結果回避義務及びその違反と結果発生の間因果関係を問題にすることにより、結果回避可能性のない行為に構成要件該当性を否定し、処罰を限定することが重要であるといえよう。

---

<sup>235</sup> 井田良「薬害エイズ帝京大学病院事件第一審無罪判決をめぐって」『変革の時代における理論刑法学』（2007）167頁以下を参照。

<sup>236</sup> 井田・前掲注（160）210頁。

## 第6章 過失犯における「因果関係」について

過失犯は、注意義務違反行為(過失行為)を前提とするが、行為者に「過失」があるだけで直ちに過失犯が成立するわけではない。刑法上、過失犯は結果の発生を要する結果犯の形式となっており、「過失」と「法益侵害結果」の間の「因果関係」は過失犯の構成要件要素となる<sup>237</sup>。すなわち、過失と法益侵害結果との間に「因果関係」がなければならず<sup>238</sup>、行為と因果関係のない結果については、行為者に対して刑事責任を追及することができない。過失犯は故意犯と比べて、この意味における「因果関係」の立証(すなわち、結果回避可能性の立証)が簡単ではないといえよう。実務上、因果関係を審理の対象とする大部分の事案が過失犯と結果的加重犯に集中しているのは、そのような理由によるものと思われる<sup>239</sup>。

過失犯の場合、韓国の判例は、「直接的な因果関係」という表現を用いて、過失行為と結果との間との因果関係を判断する<sup>240</sup>。例えば、大法院は、機関車の脱線事故において、気温の急上昇による線路の変化が事故の「直接の原因」となった場合、機関士はそのような気温の上昇による線路の変化までを予想して十分に減速し、直ちに停車しなければならない注意義務があるとはいえない、としている<sup>241</sup>。

---

<sup>237</sup> 김성돈・前掲注(35) 505頁, 신동운・前掲注(14) 245頁。

<sup>238</sup> 송승현 「과실범에 있어 과실판단과 인과관계판단」 형사정책연구第25卷3号(2014) 71頁。

<sup>239</sup> このことが正面から問われた日本の判例として、いわゆる黄色点滅信号事件についての最高裁無罪判決がある(最判平成15・1・24 判例時報1806号157頁)。例えば、井田・前掲注(160) 218頁以下を参照。

<sup>240</sup> 大法院 2012年3月15日 2011도17117判決。

<sup>241</sup> 大法院 1991年12月10日 91도2044判決。



それでは、直接的な因果関係とはいかなるものか、またどの程度の確率があれば、過失と結果との間の直接的な因果関係が認められるかが問題となる。大法院は、因果関係の判断につき、「被告人が膿培養を行っていないことが過失とはいえるが、それが被害者の死亡に寄与した因果関係のある過失であるとするには、原審としては、膿培養を行ったのであれば、被告人は実際に投薬された抗生剤とは異なる他の抗生剤を使ったであろう、あるいは他の措置を採ることができたであろう、そうすれば、被害者が死亡しなかったであろうという点を審理・判断しなければならない<sup>242</sup>」とし、被告人が投薬した抗生剤は、被害者の死亡の原因となった菌に対して適切なものであると判明した以上、膿培養を行っていない過失と被害者の死亡との間の因果関係はないとした。

また、別の事案において大法院は、「事故当時の医療界では、開腹手術患者の場合、緊急性がないときには血清の生化学的反応による肝機能検査を行うことが一般的である事実、…(省略)…、上記のような事実関係に照らしてみれば、応急患者でない被害者の場合において、手術主管医師または麻酔担当医たる被告人らとしては、手術の前に、血清の生化学的反応による検査などによる総合的な肝機能検査を徹底し、被害者に肝損傷があるか否かを確認した後に麻酔および手術を実施しなければならないのにもかかわらず、被告人らは視診、問診などの検査結果と、正確性を欠く尿検査による肝検査だけを信じて被害者の肝状態を正確に把握せず、ハロタンで全身麻酔を実施し、本件開腹手術を敢行したため、被告人らには上記のような過失があるといえる」として過失を認め、  
「血清による肝機能の検査を実施しなかった、またはこれを確認しな

---

<sup>242</sup> 大法院1996年11月8日 95ド2710判決。

かった被告人らの過失と被害者の死亡との間に因果関係があるといいうるためには、被告人らが手術の前に被害者に対する肝機能の検査を行ったのであれば、被害者が死亡しなかったことが立証されなければならない<sup>243</sup>」とし、因果関係を否定した。

また、先行車両に続き、被告人の運転車両が被害者を轢過したため、被害者が死亡したという事件について、大法院は、「被告人が、事前に人が道路の上に横たわっていることまで予想し、これに備えながら運転しなければならない注意義務はないとしても、事故当時の道路状況に合わせて速度を落とし（本事故地点は、坂道の峠を過ぎたばかりの地点であるので、被告人としては予め法定制限速度よりさらに減速して徐行しなければならない）、前方視界の確保のために、先行車両との適切な安全距離を維持して、前方左右をよく見て進路の安全を確認しながら運転するなど、自動車運転者に要求される通常の注意義務を果たしたのであれば、…(省略)…、事故を未然に防止し得たにもかかわらず、上記のような注意を怠ったことで、被害者を事前に発見することができず轢過した<sup>244</sup>」とした上で、被害者の解剖検査の結果、生活反応などが見られるなど、被告人の車に轢過されるまでの間、被害者が生存していたことが明らかであるため、被害者は被告人の運転車両による轢過により死亡したとするのが相当であるとし、相当因果関係を認めた。

このように、判例は、行為者に過失がなかった場合を仮定して、結果発生の防止の可能性の可否から因果関係を判断する。すなわち、行為者の過失により発生した結果が、仮に行為者が注意義務を遵守したとしても発生することが明

---

<sup>243</sup> 大法院1990年12月11日 90㉔694判決。

<sup>244</sup> 大法院 2001年12月11日 2001㉔5005判決。

らかである場合には「直接性」を否定するのである。ただ、結果発生があり得る、または結果発生が可能であろうという程度の場合、直接性が肯定されるとする大審院判例もある<sup>245</sup>。

さらに、助産師の過失で母体の中で死亡した胎児を体外に排出するために被害者が帝王切開を受けたという事案に関して、助産師に業務上過失致傷罪の成立を否定する際に、因果関係に言及した判例もある。その事案の事実関係を見ると、甲は、助産所を営む助産師であり、妊娠5か月ぐらいのAから自然分娩を依頼された。甲は、Aとの相談で、Aが過去に娘2名とも帝王切開で出産し、自然分娩経験のない37歳の高齢の妊婦であり、糖尿の症状があることを知った。Aは、大学病院から糖尿症状と羊水過多症状が見られるから、入院治療を受ける必要があると言われ、この診断内容を甲に伝えた。これに対し、甲は、そのことは特に問題とならないし、自然分娩に支障はないと言い、Aの自然分娩を強行した。その後、Aの出産予定日が過ぎたにもかかわらず、甲は、胎児の異常成長の有無を確認せず、自然分娩の可能性を確認できる産婦人科専門病院に転院するなどの措置を採らず、約2週間放置した結果、胎児が5.2Kgの巨大児に成長する結果となった。そして、妊娠42週目になって来院したAに超音波などの検査を行ったが、胎児が異常に大きく成長した事実も把握できなかった。甲は、Aについて、電子胎児監視装置などを利用して胎児の状態を持続的に観察することもなく、Aを自然分娩のための待機室に放置したが、その頃、胎児はAの子宮内で低酸素性損傷（子宮内胎児呼吸困難症）による心肺停止で死亡した。Aは、子宮内で死亡した胎児を体外に排出するため大学病院で応急帝王

---

<sup>245</sup> 윤용규 「인과관계의 이해와 판단척도」 『법치국가와 형법』(1998)205-207頁。

切開を受けなければならなかった。

本件における主な争点は、妊婦Aに対する業務上過失致傷罪の成立の可否と、子宮内で死亡した胎児に対する業務上過失致死罪の成立の可否であった。第1の問題については、①被告人の過失により、被害者が「死亡した胎児を排出するために帝王切開をうけたこと」が業務上過失致傷罪に該当するのか<sup>246</sup>、第2の問題については、②現行法上、業務上過失致死罪の客体は「人」に限定されているので、被告人の過失により、適時に帝王切開を受けず死亡した胎児を、「人」とみることができるのかという点が特に争われた<sup>247</sup>。

ここでは、胎児性致死傷に関する第2の問題は扱わず、注意義務の内容・程度に関連する第1の問題を中心に扱う。妊婦に対する業務上致死傷罪の成否に関して原審は、「自然分娩の経験のない高齢の妊婦の場合、死産・難産および新生児の死亡の危険が高い事実、特に糖尿の症状のある妊婦の場合には…(省略)・・・上記のような糖尿の症状のある高齢・高危険の妊婦が出産予定日を約2週

---

<sup>246</sup> これに対し、帝王切開ではなく、「母体から胎児が死亡したこと」自体を傷害行為とし、業務上過失致傷罪の成立を検討することも考えられる。しかしながら、韓国の通説・判例は、胎児を母体の一部を構成すると理解することを否定するので、「胎児の死亡」を傷害行為とするのは困難である。これに関しては、김태영 「과실로 태아를 모체 내에서 사망하게 한 조산사의 죄책」 저스티스第108号(2008) 280頁以下を参照。

<sup>247</sup> 本件では、胎児を「人」と認めることができるかというのが重要な論点の1つであった。この点に関し、判例は、「胎児が規則的な陣痛を同伴しながら胎盤から離脱したとき、すなわち分娩が開始したとき(ただし、破水で人為的に分娩を開始しなければならない場合、または帝王切開で分娩する場合などのように周期的陣痛の有無とは関係ない分娩をする場合には、自然分娩における分娩開始に準ずる分娩前の処置が始まったとき)に始めて胎児の地位から『人』になるとするのが相当であり、単に出産のために入院をただけでは、胎児が『人』になったといえない」とした。当時、被害者には、分娩の開始といえる周期的な陣痛はなかったため、被害者の子宮内の胎児は「人」ではなく、したがって胎児の死亡に関する業務上過失致死罪の成立は否定された。

過ぎた場合には、胎児の大きさなどを考慮し、自然分娩を諦め、直ちに妊婦を産婦人科専門病院へ転院させ、産婦人科専門医によって誘導分娩や帝王切開の方法で胎児を安全に出産させる措置を採るなど、妊婦及びその胎児に対する健康確保のための必要な最善の努力を払わなければならない業務上の注意義務がある<sup>248</sup>」とし、死産の危険が高い状況にもかかわらず、胎児の変化などを詳細にチェックせず、自然分娩を行おうとした助産師に業務上過失致傷罪の成立を認めた。

しかし、大法院は、原審と同じく助産師に業務上過失はあるとしたが、結果との間の因果関係を否定してこれを無罪とした。原審が「業務上過失により、被害者をして、死亡した胎児を排出するために応急帝王切開を受けさせて傷害を与えた」という点に関しては、「本件業務上過失致傷罪における傷害は、胎児を被害の子宮内で死亡させた傷害ではなく、あくまでも被害者に、死亡した胎児を排出するための応急帝王切開を受けさせた傷害であるのが明らかである」とした。「被害者は37歳で、妊婦としては高齢であり、帝王切開の方法で2人の娘を出産しただけで、自然分娩の経験がない上に、当初から糖尿症状および羊水過多症状があり、本件当時にもすでに出産予定日を2週が経過し、胎児が5.2Kgの巨大児に成長していたので、被害者としては、被告人の過失の有無にかかわらず、胎児を出産するためには、いずれ帝王切開を受けざるを得なかった事情が見られるから、被告人の過失と帝王切開による傷害の間に相当因果関係があると断定できない。さらに、被害者の子宮で死亡した胎児を搬出するための帝王切開は、その手術自体が被害者の生理的機能または身体の完全性を害す

---

<sup>248</sup> ソウル地方法院2003年10月15日 2003ㄴ7379判決。

ることで傷害に該当すると見られる。その手術は被害者の生命と身体の安全のために医師が行う治療行為として正当行為に該当するので、仮に被告人の過失と手術による傷害の間に因果関係があり、また被告人が手術による傷害の発生を予見することができたとしても、手術による傷害に関連しては、被告人に業務上過失致傷罪の罪責を問うことはできない<sup>249</sup>」として、助産師に無罪を言い渡した。本判決については、いずれその結果が確実に生ずる場合に因果関係を否定するとすれば、例えば、終末期のがん患者等の、死を目前にする人を殺害した場合、因果関係を否定しなければならず、死亡の結果に対して行為者に殺人未遂のみを認めざるを得ないという不当な結論になる、とする指摘がある<sup>250</sup>。

本事例の結論の当否はともかくとして、韓国の判例は、過失犯の認定において、過失そのものの成否の問題と、結果発生との間の「因果関係」の問題（結果回避可能性の問題）とを区別して検討していることが明らかである。

## 第7章 業務上過失と重過失

### 第1節 総説

業務上過失は、一定の業務に従事する者がその業務の特徴や地位のため特別に要求される注意義務に違反したことをいい、業務者という一定の身分を有する者のみによってなされる<sup>251</sup>。現行韓国法は、業務上過失致死傷罪(268条)、

---

<sup>249</sup> 大法院2004年3月26日 2003도6570判決。

<sup>250</sup> 류석준 「조산사의 과실로 사망한 태아반출을 위한 제왕절개시 상해의 결과귀속여부와 사람의 시기」 비교형사법연구第10卷第1号 (2008) 395頁。

<sup>251</sup> 박재윤・前掲注 (5) 262頁。

業務上失火罪(171条), 業務上過失爆発性物破裂罪(173条の2の2項<sup>252</sup>), 業務上過失交通妨害罪(189条2項), 業務上過失贓物故買罪(364条<sup>253</sup>)を規定し, 通常の過失犯より重く処罰している。また, 韓国の刑法典では, 業務上過失が規定されている場合, これと並行して重過失も規定されている。すなわち, 上記の業務上過失罪と並んで, 重過失致死傷罪(268条), 重失火罪(171条), 重過失爆発物破裂罪(173条の2の2項), 重過失交通妨害罪(189条2項), 重過失贓物罪(364条)が規定され, 業務上過失罪と同様に加重処罰の対象となっている。同一行為について, 業務上過失と重過失が重なる場合, 両者の関係をいかに把握するかに関し, これを択一関係であるとする見解<sup>254</sup>と, 業務従事者の重過失は業務上過失に包摂されるとする見解<sup>255</sup>とがある。

日本においては, 業務上過失と重過失はこれらをどのように定義しようとも, 「業務上過失・重過失か単純過失かの判断に迷うグレイゾーンが生ずることは

---

<sup>252</sup> 173条の2【過失爆発性物破裂など】

「①過失で第172条第1項, 第172条の2第1項, 第173条第1項と第2項の罪を犯した者は, 5年以下の禁錮又は1千5百万ウォン以下の罰金に処する。

②業務上過失又は重大な過失により第1項の罪を犯した者は, 7年以下の禁錮又は2千万ウォン以下の罰金に処する。」

<sup>253</sup> 362条【贓物の取得, あっせん罪】

「①贓物を取得, 譲渡, 運搬, 保管した者は7年以下の懲役, 又は1千500万ウォン以下の罰金に処する。

②前項の行為をあっせんした者も前項の刑と同様である。」

364条【業務上過失, 重過失】

「業務上過失又は重大な過失により第362条の罪を犯した者は, 1年以下の禁錮又は500万ウォン以下の罰金を併科することができる。」

<sup>254</sup> 임웅・前掲注(26) 524頁。

<sup>255</sup> 김일수/서보학・前掲注(140) 319頁。

避けがたい」という問題点があることが指摘されているが<sup>256</sup>、このような問題点は、韓国刑法についても同様に当てはまると考える。

韓国の理論と判例は、重過失を「ほんのわずかな注意を払えば結果を予見することができた場合」と定義しながら、業務上過失との区別は「具体的な場合における社会的通念」により決められるとしている。また、実務上広く適用されている業務上過失については、「業務」の概念に関する議論はあるものの、単純過失と業務上過失の違いは何か、業務上過失の認定範囲や業務上過失の加重処罰の根拠は何かなどに関する点については深く検討されてこなかったように思われる<sup>257</sup>。以下では、韓国における業務上過失と重過失の学説・判例について、日本の学説・判例と比較しつつ検討を加えることとする。

## 第2節 業務上過失について

### 第1款 韓国における業務上過失論

韓国の判例は、業務上過失における「業務」を次のように定義している。すなわち、「業務上過失致死傷罪における業務とは、人の社会生活面における1つの地位として継続的に従事する事務をいい、ここには遂行する職務自体が危険性を有するため安全配慮を義務の内容とする場合はもちろん、人の生命・身体の危険を防止することを義務内容とする業務も含まれる<sup>258</sup>」とする。また、

---

<sup>256</sup> 古川伸彦「業務上過失・自動車運転過失の加重根拠」『西田典之先生献呈論文集』（2017）115頁。

<sup>257</sup> 정승환「독일의 형법 및 형법학과 한국의 형법이론」형사법연구第28卷第4号（2016）56頁。

<sup>258</sup> 大法院2007年5月31日 2006도3493判決。



この場合の「業務」は、反復・継続の意思または事実があれば足り、その事務に対する格別な経験や法規上の免許を必要とせず<sup>259</sup>、違法であるか適法であるかも問わない<sup>260</sup>。すなわち、業務上過失致死傷罪における業務概念は、人が、①社会生活上の地位に基づき、②反復継続して行う事務であって、③他人の生命身体等に危害を加える危険を伴うものと整理することができよう。

①の社会生活上の地位とは、生活手段としての職業だけではなく、社会生活を維持しながら行うさまざまな事務も含む概念であるが、単なる食事・睡眠・家事・育児のような個人的・自然的な生活活動は業務から除かれる。②の反復継続することは、必ずしも毎日行わなければならないことを意味するのではない。学説は、将来反復継続する場合であれば1回だけの行為でも足りるとする。例えば、医師が開業後、最初の診療行為で過失事故を起こした場合や、バス運転士として働き始めた日の過失交通事故などがある。③他人の生命身体等に危害を加える危険を伴うものとしては、医療関係者、交通における運転者、危険な物を扱う者、安全管理担当者などによる事故の危険が予見される業務などをいう<sup>261</sup>。判例は、4階建物の2階内部の壁面に設置されていた分電盤から3階と4階へ仮設された電線が短絡し火災が起き、それより負傷者が生じた事件に関して、建物の所有者の地位が業務上過失致傷罪の「業務」として認められるのかにつき、「業務上過失致傷罪における『業務』とは、人の社会生活面における1つの地位として、継続的に従事する事務をいい、ここには遂行する職務自体が危険性を有するため安全配慮を義務内容とする場合はもちろん、人の生

---

<sup>259</sup> 大法院1961年3月22日 4294형 상5判決。

<sup>260</sup> 大法院1985年6月11日 84도2527判決。

<sup>261</sup> 이형국 「업무상과실치사상죄에 대한 소고」 연세 행정논집第20卷第1号(1995)246-247頁。

命・身体の危険を防止することを義務内容とする業務も含まれるが、安全配慮ないし安全管理事務に継続的に従事して上記のような地位を継続的に有するのではなく、単に建物の所有者として、建物を単発的に修理したり、建物の一部分を賃貸したりするという事情だけでは、業務上過失致死傷罪における『業務』といえない<sup>262</sup>とし、建物の所有者に業務上過失致傷罪の成立を否定した。

他方で、業務上失火罪（171条）における「業務」は、「職務として火気の安全に配慮すべき社会生活上の地位」と定義されている<sup>263</sup>。これは、火気は一般人でも日常的に反復継続して取り扱うから（例えば、家庭の主婦や愛煙家など）、「業務者」の範囲が著しく広がりすぎないようにするためと考えられる<sup>264</sup>。

業務上過失は、「業務」を行うにあたって要求される注意義務を懈怠することを意味する。業務上過失が単純過失より加重処罰される根拠に関しては、①注意義務違反の程度が大きいという点から不法が加重されるとする見解、②業務者には、高度の注意義務が課され、その注意義務の遵守を強制するために刑を加重するとする見解、③業務者は一般人より豊富な経験や知識を持っているため、一般人より容易に結果発生を予見できるので、非難可能性が重いからであるとする見解、④単純過失より不法と責任が加重されるので重く処罰されるとする見解、⑤業務者は一般人より高度の注意能力を持っているため違法性が大きいとする見解などが主張され、学説は多岐に分かれている<sup>265</sup>。他方で、業

---

<sup>262</sup> 大法院2009年5月28日 2009도1040判決, 大法院2007年5月31日 2006도3493判決, 大法院2002年5月31日 2002도1342判決, 大法院1988年10月11日 88도1273判決など。

<sup>263</sup> 大法院1988年10月11日 88도1273判決。

<sup>264</sup> この点につき、門田成人「業務上過失致死傷罪における業務の意味」刑法判例百選1総論〔第7版〕(2014) 123頁を参照。

<sup>265</sup> 이형국・前掲注(261) 244頁。

務上過失処罰を加重処罰すること自体に対する疑問が提起されないのであれば、このような議論は特に意味を持たないと指摘する見解もある。判例は、業務上過失の加重処罰根拠について次のように述べている。すなわち、「業務上過失致傷罪を刑法266条の単純過失致傷罪より加重処罰するのは、人の生命・身体に対する危険を招く恐れがある、もしくはこれを防止する義務のある業務に従事する者については、一般人よりも高度な注意義務が課され、また予見可能性が高いという点などの事情を考慮したからであり、業務に属する行為であるとしても、それに従う他人の生命・身体に対する危険性の内容および程度が、一般人の日常生活におけるそれと比べて重い注意義務を課すことを正当化しない場合、あるいはより高度の予見可能性があることを期待させるに至らない場合には、本罪による加重処罰は許されないとしなければならない<sup>266</sup>」（下線は筆者）とし、一般人と比し高度の注意義務があり、結果の予見が容易であるところに求めている。

## 第2款 日本における業務上過失犯論

日本刑法の211条前段の業務上過失致死傷罪は、立法上・解釈論上さまざまな変化を経てきた。明治13年制定の旧刑法は、「疎虞懈怠又ハ規則慣習ヲ遵守

---

<sup>266</sup> 本件事案は、店主が出前に行くため、店舗の外側から引いて開けるドアを、店舗の内側から押しながら出る際に、たまたま店舗の入口前の道に立っていた人の右側のかかとを、同ドアの角に当てたために傷害を負わせた行為につき、業務上過失致傷罪により起訴された事案である。大法院は、店を出るために、単に注意せずにドアを開けたとしても、業務上行わなければならない具体的かつ直接的な注意義務に違反したとはいえないとし、単純過失致傷罪のみを認めた(大法院2009年10月29日 2009㉟5753判決)。

セス過失ニ因テ」(旧刑法317条), 「火ヲ失シテ」(旧刑法409条)などという形で通常の過失のみが処罰の対象となっており, 業務上過失は規定されていなかった。その後, 明治40年の現行刑法制定時には, 「業務上必要ナル注意ヲ怠リ」という形で業務上過失致死傷罪のみが規定された。昭和16年の法改正において, 失火罪の強化が行われ, その一環として, 業務上失火罪とともに重失火罪が規定された<sup>267</sup>。

この業務上過失という加重処罰類型を設けた趣旨は, 「『職務ヲ奉シ其他一定ノ業務ニ従事スル者』が『其業務上必要ナル注意ヲ怠』ったせいで人を死傷させた場合に『其事情頗ル重キヲ以テ特別ニ処分ス可キコトヲ定メ』る点であった<sup>268</sup>」という。現行日本の刑法典では, 業務上失火罪(117条の2前段), 業務上過失往来危険罪(129条2項)及び業務上過失致死傷罪(211条1項前段)という3つの加重類型が規定されている。

判例は, 211条の業務上過失を, ①社会生活上の地位に基づき, ②反復継続して行う行為であって, ③他人の生命・身体に危害を加える恐れのあるものと定義している<sup>269</sup>。また, 業務は, 職務か娯楽か, 本務であるか兼務であるか, 本務に付随する業務であるか, 適法か違法かを問わない<sup>270</sup>。このように, 判

---

<sup>267</sup> 平野潔「『重大な過失』について(1)」弘前人文社会論叢社会科学篇21号(2009)165頁を参照。

<sup>268</sup> 古川伸彦・前掲注(256)119頁。

<sup>269</sup> これに対して, 業務上失火罪における業務は「職務として火気の安全に配慮すべき社会生活上の地位」とされており, 「職務」という制約が付されている。例えば, 火を直接取り扱う業務や, 引火性の高い危険物を取り扱う業務などである。これに対し, 業務妨害罪における業務は, 人が社会生活上の地位に基づき継続して従事する事務または事業であって, 職業であったり, 対価を得たりする必要はない。

<sup>270</sup> 門田・前掲注(264)123頁を参照。

例・通説は、211条における業務の意義を広く捉えているために、非常に多くの過失行為を捕捉することができ、自動車運転行為も（たとえ休日に娯楽のためにマイカーを運転する場合でも）業務に含まれるとされていたため、交通事故関連の致死傷も同罪で処罰されていた。もっとも、自動車運転に関しては、悪質・重大な交通事犯は暴行による傷害罪・傷害致死罪に準じた厳罰によって対応すべきとの社会的要請が高まり、2001（平成13）年に危険運転致死傷罪（208条の2）が創設され、①酩酊運転、②制御困難運転、③未熟運転、④妨害運転、⑤信号無視運転といった故意の危険行為に起因する交通事故は同罪で処罰されることとなった。さらに、2007（平成19）年に、業務上過失致死傷罪にあたる行為の中から、その大多数を占める交通事故の場合について、法定刑を重くした自動車運転過失致死傷罪の処罰規定が新設された（211条2項）。このように、自動車事故については、業務上過失致死罪から切り離され、重大な違反行為は重罰化し、逆に、軽微な違反行為については非刑罰化するという二極化傾向が見られたが、2013（平成25）年には、危険運転致死傷罪及び自動車運転過失致死傷罪の規定が、刑法典から特別法（「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」〔平成25年11月27日法律第86号〕）に移されることとなった。

業務上過失を加重処罰する根拠に対しては、韓国同様、日本においても見解が分かれている。判例は、「一定の業務に従事する者は、通常人に比し特別の注意義務がある<sup>271</sup>」としており、通説も業務者には特別の注意義務があること

---

<sup>271</sup> 最判昭和26・6・7 刑集5巻7号1236頁。

に注目する<sup>272</sup>。これに対し、注意義務は業務者と非業務者を問わず同一でなければならないとして、業務者は一般人より高度の注意能力を有するから、注意義務違反の程度がより著しいことが加重処罰の根拠であるとする見解もある。すなわち、「業務者は認識の範囲が広くまた認識が確実であろうから、従って、結果に対して鋭く非難せられてよい」とするのである<sup>273</sup>。また、社会生活上あるいは法令に基づきそのような業務に携わる者に対しては、通常人は行えない特別な権利が付与されており、その特殊な地位との関係により、注意義務を尽すことに対する期待が一般人に比べ高くなるとし、「業務者」とは責任加重身分であるとする見解もある<sup>274</sup>。

### 第3款 重過失について

重過失は、注意義務の大きさではなく、注意義務違反の程度に関わる<sup>275</sup>。単純過失と重過失の違いは、類型的な「程度の差」にすぎない<sup>276</sup>。このように、重過失の加重処罰の根拠は、過失の程度の大きさであるといえる。結果の重大性は、過失の重大性とは関係がない<sup>277</sup>。その一方で、韓国においては、近時、重過失を「加重された不法および責任内容を有する過失の特殊形態」として理

---

<sup>272</sup> 松原・前掲注（30）304頁。

<sup>273</sup> 古川・前掲注（256）122頁。

<sup>274</sup> 曾根・前掲注（15）359頁。

<sup>275</sup> 박재윤・前掲注（5）263頁。

<sup>276</sup> 古川・前掲注（256）115頁を参照。

<sup>277</sup> 松宮・前掲注（82）230頁を参照。

解する傾向も見られる<sup>278</sup>。

韓国の大法院の判例は、重過失と軽過失（単純過失）の区別について、「いわゆる重過失とは、ほんのわずかな注意を払うことで結果の発生を予見できたにもかかわらず、不注意によりこれを予見し得なかったことをいい、重過失と軽過失の区別は、結局、具体的な場合における社会通念を考慮して決められる問題である」とする<sup>279</sup>。すなわち、重過失は、ほんのわずかな注意で結果の発生が予見できた場合、例えば、マッチの火が消されていることを確認せずにプラスチックごみ箱に投棄したこと<sup>280</sup>などを意味し、このような重過失があるかどうかは「具体的な場合における社会通念」により決められるというのである。

判例上、重過失が認められた例として、84歳と11歳の女性に対して按手祈祷をするとしながら、両手で彼女らの腹部と胸部を強く打ったり押したりするなどの行為を、84歳女性に対して約20分間、11歳女性には約30分間、続けたために両者が死亡したというケースがある。本件では、「被告人程度の年齢や経験・知識を有する者としては、わずかな注意を払えば、(被害者らが死に至ることを:筆者注)容易に予見できたにもかかわらず、そのような結果に対して注意を果たさず人を死に致したことは、重大な過失にあたる<sup>281</sup>」とし、重過失致死罪の成立を認めた。他方において、「わずかな注意を払えば、…(省略)…、手抜き工事がそのまま放置され、また、それにより火災が発生することを予見して回避できたにもかかわらず、不注意でこれを予見せず、電気保安担当者に

---

<sup>278</sup> 김일수/서보학・前掲注(140) 319頁。

<sup>279</sup> 大法院1980年10月14日 79도305判決。

<sup>280</sup> 大法院1993年7月27日 93도135判決。

<sup>281</sup> 大法院1997年4月22日 97도538判決。

何らかの通告もせず、無資格の電気技術者をして電気工事をさせたことにより火災を発生させたと判断される場合にのみ、被告人の重大な過失により火災が発生したと見ることができる、…(省略)…、電気に関する専門知識のない被告人については、ほんのわずかな注意を払いさえすれば、…(省略)…このような火災が発生することを容易に予見できたとは言えない。したがって、本件火災発生に関して被告人に過失があったとしても、社会通念上、被告人の過失を重大な過失と評価することはできない<sup>282</sup>」とし、重過失を否定した例がある。

#### 第4款 小 括

現代社会における過失犯の問題は、主に交通・医療・産業・建設などの生活領域で発生している。このように、過失犯の大部分が業務上過失犯であることからすれば、業務上過失は、理論上・実務上重要な意味を持つといえよう。他方、韓国刑法典は、業務上過失と並べて重過失を規定しているので、重過失と業務上過失の関係に関する検討も必要となる。それにもかかわらず、韓国の学説・判例は、業務上過失と重過失の概念や加重処罰の根拠などに関する説明がなお不足しており、事例分析に基づく具体的な研究も十分ではないように思われる。

重過失に関しては、「ほんのわずかな注意を払うだけで結果発生を予見できた場合」を指し、その有無は「具体的な場合における社会通念」に照らして決めなければならないとするのが現在の通説・判例である。業務上過失の場合、「業務」の概念が議論の中心であり、業務上過失の範囲（単純過失と業務上過

---

<sup>282</sup> 大法院1989年10月13日 89도204判決。



失の違い、重過失と業務上過失の違い)や、加重処罰の根拠などに関しては、いまだに十分な解明がなされていない状況である。業務上過失と重過失が立法化された経緯や立法する際の議論状況から、解明の手がかりを得ることが考えられるが、しかし、韓国刑法典の制定に関する資料は、時代状況の中で(朝鮮戦争などの事情により)散逸しており、また刑法典の制定を短期間で完成させなければならなかったため、立法の際の議論も盛んだったとはいえない。実際、国会の速記録をみると、業務上過失と重過失に関する大部分の規定は、特に議論なしでそのまま採択されたのであった。

次に、日本の業務上過失論との比較検討から、韓国の業務上過失解明の手がかりを探ることが考えられる。本論文の第1編で検討したとおり、韓国刑法は制定過程において日本の刑法——その中でも日本の刑法改正仮案——の影響を大きく受けたのであった。その例として挙げられるのは、現行韓国刑法には規定されており、日本の刑法には規定されていない、仮案の「業務上過失・重過失贓物罪」の規定である<sup>283</sup>。また、業務上過失と重過失を明文上並べて規定していることは、諸国の立法例から見ても珍しいことであり、日本では明治40年制定の現行刑法からすでに業務上過失致死傷罪などが規定されていたことなどから、韓国刑法の制定過程で、日本刑法の業務上過失規定などが参考にされたことを推測することができよう。

刑法典の規定をみると、日本の刑法典では、業務上失火罪(117条の2前段)、業務上過失往来危険罪(129条2項)及び業務上過失致死傷罪(211条1項前段)の3つが規定されているのに対して、韓国の刑法典では、業務上過失致死傷罪

---

<sup>283</sup> 「営業ニ関シ重大ナル過失ニ因リ情ヲ知ラズニ贓物ノ寄蔵故買又ハ牙保ヲ為シタル者ハ五百圓以下ノ罰金ニ処ス」(仮案451条)。

(268条), 業務上失火罪(171条), 業務上過失爆発物破裂罪(173条の2の2項), 業務上過失交通妨害罪(189条2項), 業務上過失贓物罪(364条)の5つが加重処罰規定として定められている。このうち, 業務上過失爆発物破裂罪は, 1995年の刑法第3次一部改正の際に新設された規定である。また, 業務上過失・重過失贓物罪は, 韓国刑法上の財産罪の中で, 過失犯を処罰する唯一の規定である。刑法制定において中核的な役割を担った엄상섭(嚴詳燮)<sup>オム・サンソプ</sup>は, 刑法起草要綱に関する解説をした『刑法要綱解説』において, 業務上過失贓物罪(364条)を新設した理由を, 「その犯意に関する証明が困難な場合が多く, 中古品を扱う者の巧妙な弁明で無罪とされる場合が多いことに鑑みると, 故意ではなくても, 重過失の場合には処罰するのが妥当であるから」と述べている<sup>284</sup>。

重過失規定をみると, 日本刑法典は, 重失火罪, 重過失激発物破裂罪(117条の2後段), 重過失致死傷罪(211条1項後段)の3つを規定しているが, 韓国刑法典は, 業務上過失と同じく5つを規定している。韓国の場合, 日本の業務上過失往来危険罪に該当する業務上過失交通妨害罪に対しても, 重大な過失が規定されていることが日本の規定と異なるといえよう。このように, 重過失を業務上過失と並べて規定する意味に関して, 韓国の判例・学説上, 特に解明が試みられているわけではない。日本では, 重過失を業務上過失と並べて規定する意味について, 「假令業務に従事する者と謂ふを得ざるにせよ, 業務従事者と同様の状態に於て此等危険物を取扱ふ者が其注意を怠るときは重大なる公共危害を醸すに至る可きこと業務従事者の過失と異なる所なきが故に, 斯くの如き場合に付ては重大なる過失ありと爲し, 同様の制裁を加ふる必要ありと認め

---

<sup>284</sup> 엄상섭 「刑法要綱解説(2)」 법정第3卷第10号 (1948) 13頁。

ざるべからず」とされている<sup>285</sup>。これは、韓国刑法典が重過失と業務上過失とを常に並べて規定していることの刑事政策的意味を解明する際に参考とすに値しよう。

業務上過失の加重処罰の根拠に関しては、日本の場合、「一定の業務に従事する者は、通常人に比し特別な注意義務を負う」点に注目するのであるが、韓国の判例は、より詳細に、「一般人よりも高度な注意義務が課されたり、または結果をより容易に予見することができたりという事情を考慮したからであり」とし、業務上過失犯として処罰される者には、人の生命・身体に対する危険を招く恐れがある業務、またはこれを防止する義務のある業務に従事する者であり、このような業務を遂行する業務者は、その業務の特性などから(専門性、情報の接近性など)一般通常人より結果に対する予見可能性が容易であることを指摘している。このように、業務が有する(法益侵害結果の)重大性と、その業務を遂行する業務者が有する(専門性などからの)予見可能性から、業務者には高度の注意義務が要求されるとし、ここから加重処罰の根拠が導かれるとしている点が注目される。これは日本の議論よりも、さらに詳細な理由を示すものであり、日本の議論においても参考にされてよいと考える。

---

<sup>285</sup> 泉二新熊「刑法中改正規定の瞥見」法曹会雑誌19巻9号(1941)13頁。

## 第8章 過失犯の成立を制限する理論

### 第1節 許された危険

現代技術産業社会においては、ある行為自体が他人の法益を侵害する危険性を含んでいても、社会的必要性等の見地から、その行為を全面的に禁じることができない場合がある。例えば、自動車・飛行機・電車などの交通手段の運行、建設、医療行為、地下資源の採掘、原子力・ガス・電気などのエネルギー施設の運用などの行為は、その行為自体がすでに危険性を含んでおり、今日に至るまで、これらの行為による法益侵害の例は数多くある。また、将来においても、このような危険行為から法益侵害が生じ得ることは容易に予測できよう。たしかに、このような法益侵害結果を完全に防ぐためには、結果発生が予見可能なすべての危険行為を最初から全面的に禁止することが考えられる。しかし、この類の危険行為をすべて禁じた場合、われわれの社会活動がほとんど止まってしまうことは自明なことであろう。したがって、法益侵害に対する客観的な予見可能性が認められる場合であっても、その社会的有用性を根拠に、何らかの法益侵害結果が発生した場合でも一定の範囲においてこれを許容する必要がある<sup>286</sup>。許された危険の法理は、社会生活上の必要性和結合した社会的相当性の思想の表れであるといえよう<sup>287</sup>。

韓国においては、許された危険の法理が過失犯の成立範囲を制限すると理解

---

<sup>286</sup> 前田雅英「予見可能性の内容・程度と許された危険」研修637号（2001・7）10頁。

<sup>287</sup> 이재상/장영민/강동범・前掲注（59）190頁。

されている<sup>288</sup>。しかし、その犯罪論体系上の地位については、これを違法性阻却事由であるとする見解（違法性阻却説）と、構成要件該当性を排除とする見解（構成要件該当性排除説）とが対立している。構成要件該当性排除説は、許された危険は社会的に相当であるから客観的注意義務に違反した行為ではないため、そもそも構成要件該当性が否定されるという。これに対し、違法性阻却説は、許された危険状況で不可避免的に生じた結果については、正当防衛や緊急避難と同様に違法性阻却事由が認められるとする。また、許された危険は、社会的に相当な行為ではないが、利益較量の観点から例外的に許されるとし、刑法20条の正当行為の中で「その他社会常規に違背しない行為」に属する違法性阻却事由にあたるという見解もある<sup>289</sup>。

学説においては、許される危険は、単に常識を概念化したに過ぎず、客観的注意義務を制限するという具体的な役割を果たせないと批判する見解も存在する<sup>290</sup>。この見解は、許された危険という不明確な概念によって、注意義務（過失）制限の一般原理とするのは妥当ではないとし、許された危険に該当するとされる類型は、正当行為、緊急避難、過失犯理論などにより解決できると主張するのである<sup>291</sup>。

---

<sup>288</sup> 김성돈・前掲注(35) 497頁, 이상돈・前掲注(121) 149頁。

<sup>289</sup> 박재윤・前掲注(5) 285頁。

<sup>290</sup> 배종대・前掲注(18) 664頁。

<sup>291</sup> 박상기・前掲注(59) 190頁。

## 第2節 信賴の原則に関する学説と判例の傾向

信賴の原則とは、「行為者がある行為に出るにあたり、被害者あるいは第三者が適切な行動をすることを信賴するのが相当な場合には、たとえその被害者あるいは第三者の不適切な行動によって結果が発生したとしても、それに対しては責任を負わない」という原則である<sup>292</sup>。言い換えれば、自分の注意義務を果たした者は、他の人も注意義務を果たして適法に行為すると信賴してもよいとするものである<sup>293</sup>。本原則は、ドイツにおいて道路交通分野の判例から形成・展開されて以来、スイス、オーストリア、日本、韓国の判例においても採用された。日本では最高裁が、酩酊した乗客が駅のプラットフォームから転落して死亡した事故につき、信賴の原則を認めて乗客係の過失責任を否定して<sup>294</sup>以来、多くの交通事故のケースについて同原則が適用され、チーム医療、建設工事の分野等でも信賴の原則の適用が問題とされている。

韓国では、機関士の助手研修生の過誤で起きた事故について、大法院が「信賴の原則」を適用し、機関士の業務上過失致傷罪を否定した1957年の判例<sup>295</sup>が、信賴の原則が適用された最初の判例である。その後、信賴の原則は、危険を伴う作業を多数の人が分担する場面においても広くその適用が検討されるように

---

<sup>292</sup> 西原春夫『交通事故と信賴の原則』（1969）14頁。

<sup>293</sup> 박재운・前掲注（5）286頁。

<sup>294</sup> 最高裁昭和41・6・14 刑集20巻5号449頁。もっとも、信賴の原則に基づいた判断は、日本においては大正時代（大判大正3・3・11 刑録20輯278頁）に遡る（ドイツよりも早い）と指摘する見解もある。この点については、樋口亮介「刑事過失と信賴の原則の系譜的考察とその現代的意義」東京大学法科大学院ローレビュー4号（2009）180頁以下を参照。

<sup>295</sup> 大法院 1957年2月22日 4289형상330

なった。信賴の原則の犯罪論体系上の地位に関しては、許された危険の法理の特殊事例であり、かつ客観的注意義務を制限する原則として理解するのが韓国の通説である<sup>296</sup>。ただ、許された危険の法理は、注意義務と関係させることなく正当化を認めることができるのに対し、信賴の原則は、危険負担の適正な分配により注意義務を制限する法理であるので、注意義務と関連して議論しなければならない<sup>297</sup>。信賴の原則をこのように把握する論者の中でも、信賴の原則が客観的注意義務のどのような内容を制限するのかをめぐっては、①結果の予見義務を制限とする見解<sup>298</sup>、②結果回避義務を制限とする見解<sup>299</sup>、②結果の予見義務と結果の回避義務の両者を制限とする見解<sup>300</sup>などに分かれている<sup>301</sup>。私見としては、許された危険行為は、結果発生が予見可能な行為であるため、信賴の原則は許された危険の法理が適用される特殊事例であるとする通説を支持したい。信賴の原則は、結果の予見可能性ではなく、結果回避義務を制限する基準であると考えてるのである。

以下においては、道路交通の領域、分業的医療の領域、監督過失の領域における信賴の原則を概観した上で、信賴の原則を制限する「特別の事情」とはい

---

<sup>296</sup> 배종대・前掲注(18) 666頁, 김일수/서보학・前掲注(140) 327頁, 김성진・前掲注(110) 238頁。

<sup>297</sup> 정성근/정준섭・前掲注(30) 348頁。

<sup>298</sup> 김준호「신뢰의 원칙의 판례이론」『인권과 정의』(2013)42頁。日本の学説では、松宮・前掲注(82) 224頁, 曾根・前掲注(15) 358頁。

<sup>299</sup> 정성근/정준섭・前掲注(30) 348頁。日本の学説では、井田・前掲注(160) 212頁, 山口・前掲注(86) 257頁。

<sup>300</sup> 임웅・前掲注(26) 536頁, 이재상/장영민/강동범・前掲注(59) 192頁, 이보영「과실범에 있어서 신뢰의 원칙:교통판례를 중심으로」호서대사회과학연구第21輯(2002) 45頁。

<sup>301</sup> その他にも、信賴の原則を「個人に遵守することを(法共同体が)期待する注意を軽減させる役割をする」とみる見解がある(이상돈・前掲注(121) 151頁)。

かなるものかを整理し、信頼の原則に対する日韓両国の現状に関する若干の比較を加えていくこととする。

## 第1款 道路交通の領域における信頼の原則

道路交通上における信頼の原則とは、交通規則を遵守する運転者は、他の運転者らも交通規則を守ることを信頼してもよく、他の規則違反まで予想しながら結果防止措置を採る注意義務まで負わないことを意味する。道路交通の領域は、信頼の原則が適用される代表的な場面である。前述のとおり、信頼の原則は、道路交通事故を中心として形成・展開されてきた原則である。当然のことであるが、信頼の原則が適用されるためには、社会における一般的な相互的信頼がすでに存在し、その信頼が相当とされなければならない。例えば、車両の増加に伴い、事故が発生する回数も頻繁になるほど、また、道路交通の安全を図る交通インフラが構築されるほど、交通規則遵守への期待が高まる。すなわち、円滑な道路交通の必要性から道路交通環境の整備が行い、交通教育が一般に普及するなどの社会環境が整えることにより、他の交通関係者も（行為者のように）交通規則を遵守することを信頼することができるようになる<sup>302</sup>。

道路交通の領域における韓国の判例を見ると、大法院は、最初の高速道路が開通した1969年以降の1971年に「高速道路上の交通事故<sup>303</sup>」で、はじめて本原則の適用を認めた。その1年後の1972年には、「市内の道路上の交通事故<sup>304</sup>」

---

<sup>302</sup> 임웅・前掲注(26) 537頁, 이재상/장영민/강동범・前掲注(59) 192頁。

<sup>303</sup> 大法院1971年5月21日 71도623判決。

<sup>304</sup> 大法院1972年2月22日 71도2354判決。



において信頼の原則の適用が認められた。このように、自動車と自動車との間の過失事故だけで認められていた信頼の原則は、その後、さまざまな判例が蓄積されていく中で、車両と自転車や、車両と歩行者の間の事故にまで適用が拡大されるようになった。

道路交通の領域に対して信頼の原則を適用する韓国判例の傾向を見ると、大きく2つの場面においてその適用範囲が異なる。まず、自動車と自動車、あるいは自動車と自転車との衝突事故に対しては、信頼の原則が広く適用される。判例は、自動車と自動車の事故に対して、「高速道路上、自動車は原則的に左側車線で通行しなければならないので、自動車運転者は反対方向から運行してくる車両が追い越しをしたり、道路その他の事情によりやむを得ず中央線を越えたりする場合を除き、その車両が中央線をはみ出ることはないと信じて運転すれば足りるのであり、相手の車両が中央線をはみ出て進入することまで予見して減速するなどの措置を講ずる注意義務はない<sup>305</sup>」とし、高速道路で相手車両が中央線を越えた場合に信頼の原則を認めた<sup>306</sup>。また、交差点で通行の優先権を有する運転者は、相手の車両が待機することを信頼すれば足りるとし、信頼の原則の適用を認めた<sup>307</sup>。その他にも、「T字型交差点」で発生した交通事故に対しても信頼の原則が適用された<sup>308</sup>。自動車と自転車との事故をみると、①夜間に無灯火の自転車が車道を横断する場合まで予想し、それに対応する注

---

<sup>305</sup> 大法院1982年4月13日 81㉔2720判決。

<sup>306</sup> 大法院1984年2月14日 83㉔3086判決、大法院1995年7月11日 95㉔382判決。

<sup>307</sup> 大法院1977年3月8日 77㉔409判決、大法院1984年4月24日 84㉔185判決、大法院1992年8月18日 92㉔934判決。

<sup>308</sup> 大法院1994年6月28日 94㉔995判決。

意義務はない<sup>309</sup>，②自動車専用の道路に自転車に乗った者が来ることは予見できない<sup>310</sup>，③自転車に乗っている者が道路を横断する途中で倒れることは予見できない<sup>311</sup>とするなど，さまざまな事案において信頼の原則が適用された。

これに対し，自動車と歩行者との間に起きた事故に対しては，信頼の原則を慎重に適用する傾向がある。まず，高速道路上で発生した自動車と人の事故に関しては，「高速道路上を運行する自動車の運転者は，通常の場合には，歩行人がその道路の中央方面へいきなり飛び出すことはない信頼して運行するが，本道路を横断しようとする被害者をその車の制動距離の外から発見したのであれば，被害者が反対車線の走行車両で道路を完全に横断できず，その進行車線の方に止まる，あるいは戻る場合を予見しなければならない<sup>312</sup>」とし，高速道路上の歩行者に対する運転者の信頼の原則を否定し業務上過失致死罪を認めた。判例は，高速道路を横断する者に対する運転者に信頼の原則を排除するためには，「高速道路を無断横断する歩行者に衝突し事故を発生させた場合であっても，運転者が相当な距離から歩行者の無断横断を事前に予想し得る事情があつて，それによって直ちに減速したり，急制動したりするなどの措置を取れば，歩行者との衝突を避けることができるなどの特別の事情が認められる場合に限り，自動車運転者の過失が認められる」とし<sup>313</sup>，運転者が歩行者を予見して回避できる「特別の事情」が必要であることを明確にした。そこで，そのよ

---

<sup>309</sup> 大法院1984年9月25日 84㉔1695判決。

<sup>310</sup> 大法院1977年9月28日 77㉔2559判決。

<sup>311</sup> 大法院1983年2月8日 82㉔2617判決。

<sup>312</sup> 大法院1981年3月24日 80㉔3305判決。

<sup>313</sup> 大法院1989年3月28日 88㉔1484判決，大法院1996年10月15日 96㉔22525判決，大法院1998年4月28日 98㉔5135判決，大法院2000年9月5日 2000㉔2671判決。

うな「特別の事情」がない場合，例えば，①夜間に先行事故により高速道路3車線上に止まっている車両から出て，中央分離帯の方まで無断横断する被害者に衝突した場合，②夜間の高速道路で，1車線から2車線に進路を変更し高速バスを追い抜いた運転者の3-40m前方に，高速道路を無断横断しようとし2車線に飛び込んだ人を避けえず衝突した場合<sup>314</sup>などでは，運転者に信頼の原則が適用されている。そして，赤信号で横断歩道を横断する歩行者に衝突した事故について，「車両の運転者としては，横断歩道の信号が赤の状態では反対側の車線上に停止している車両の後ろから歩行者が渡ることはない」と信頼することは当然であり，そうではない事態まで予想して，それに対する注意義務を果たすべきであるとはいえない<sup>315</sup>」として信頼の原則を認めた。以上を見ると，判例には，自動車と歩行者との間に起きた事故においても信頼の原則を認めようとする傾向が見受けられる。

ここで，韓国における道路交通上の過失事故の処理について，もう1つ検討しなければならないのは「交通事故処理特例法」である。本特例法は，業務上過失または重大な過失により交通事故を犯した運転者に関する刑事処罰の特例を定めることをその目的とする（特例法1条）。本特例法の3条は，車両の交通による業務上過失致傷罪または重過失致傷罪，そして「道路交通法」上の業務上過失財物損害罪，または重過失財物損害罪<sup>316</sup>を犯した運転者に対して被害者の明示的な意思に反する公訴提起を制限している。一種の処罰の特例を規定し

---

<sup>314</sup> 大法院2000年9月5日 2000도2671判決。

<sup>315</sup> 大法院1987年9月8日 87도1332判決，大法院1993年2月23日 92도2077判決。

<sup>316</sup> 道路交通法151条【罰則】「車の運転者が業務上必要な注意を怠ったり，重大な過失により他の人の建造物やその他の財物を損壊した場合には，2年以下の禁固や500万ウォン以下の罰金に処する。」

ているのである。ただし、いわゆる「ひき逃げ」や飲酒測定拒否、そして、特例法3条2項に定められている12個の例外行為<sup>317</sup>があるときは、特例の対象には

---

<sup>317</sup> 交通事故処理特例法第3条【処罰の特例】の2項には以下のように規定されている。

1. 「道路交通法」第5条による信号機が表示する信号若しくは交通整理を行う警察公務員等の信号を違反し、又は通行禁止若しくは一時停止を内容とする安全標識が表示する指示を違反して運転した場合
2. 「道路交通法」第13条第3項に反して中央線をはみ出し、又は同法第62条に違反して横断、転回若しくは後退した場合
3. 「道路交通法」第17条第1項又は第2項による制限速度を時速20キロメートル超過して運転した場合
4. 「道路交通法」第21条第1項、第22条、第23条による追い越しの方法・禁止時期・禁止場所又は割り込みの禁止を違反し、又は同法第60条第2項による高速道路における追い越し方法を違反して運転した場合
5. 「道路交通法」第24条による踏切通過方法を違反して運転した場合
6. 「道路交通法」第27条第1項による横断歩道における歩行者保護義務に違反して運転した場合
7. 「道路交通法」第43条、「建設機械管理法」第26条又は「道路交通法」第96条を違反して運転免許若しくは建設機械操縦士免許を受けず、又は国際運転免許証を所持せず運転した場合。この場合、運転免許若しくは建設機械操縦士免許の効力が停止中であり、又は運転の禁止中であるときは、運転免許若しくは建設機械操縦士免許を受けず、又は国際運転免許証を所持していなかったものとみなす。
8. 「道路交通法」第44条第1項を違反して酒気を帯びた状態で運転をし、又は同法第45条を違反して薬物の影響により正常に運転することのできない恐れのある状態で運転した場合
9. 「道路交通法」第13条第1項を違反して歩道が設置された道路の歩道にはみ出し、又は同法第13条第2項による歩道横断方法を違反して運転した場合
10. 「道路交通法」第39条第2項による乗客の墜落防止義務を違反して運転した場合
11. 「道路交通法」第12条第3項による児童保護区域において、同条第1項による措置を遵守し児童の安全に留意して運転すべき義務に違反し、児童の身体を傷害に至らしめた場合
12. 「道路交通法」第39条第4項を違反し、自動車の貨物が落ちないように必要な措置を採らずに運転した場合

ならない<sup>318</sup>。また、4条には、一定の保険や共済に加入している場合の公訴提起の制限を規定している。交通事故に本特例法が適用されることによって、道路交通の分野における業務上過失致傷罪または重過失致傷罪の大半は刑法の領域から外れることとなる。実務において交通事故の法的処理で最も問題となるのは、交通事故処理特例法違反をめぐる事件なのである。この交通事故処理特例法に対しては、相反する評価がなされている。

まず、本特例法は刑法の過失理論を空洞化させるとする見解がある<sup>319</sup>。この見解は、本特例法により、道路交通上における業務上過失致傷罪は刑法による処罰対象から外されることになると指摘する。特例法上、加害者が保険に加入しているのであれば、——特例法の例外条項に該当しない限り——、刑法の過失の有無よりも、民事上の過失の有無が重要な問題となるからである。このように、道路交通上の業務上過失致傷犯を一律に非犯罪化することは、他の過失犯の処理（例えば、医療過失）とのバランスなどを考慮しても妥当ではないというのである。

これに対し、交通事故処理特例法は、注意義務違反(過失)を前提としながら、単に刑事手続にのせることを遮断するだけ（非刑罰化するだけ）であるとする見解がある<sup>320</sup>。この見解は、交通事故処理特例法は、道路交通の円滑な活用と

---

<sup>318</sup> また、2007年の法改正により、危険運転行為は、「特定犯罪加重処罰などに関する法律」第5条の11条(第5条の11【危険運転致死傷】「飲酒または薬物の影響により正常な運転が困難な状況で自動車(原動機装置自転車を含む)を運転し、人を傷害に至らした者は、10年以下の懲役又は500万ウォン以上3千万ウォン以下の罰金に処し、死亡に至らした者は1年以上の有期懲役に処する」)が適用される。

<sup>319</sup> 배종대・前掲注(18) 668-670頁。

<sup>320</sup> 신동운・前掲注(14) 240-241頁。

生命・身体などの法益の保護という2つの要請を手続的な側面から実現しようとするものであると説く。また、特例法の適用範囲の拡張に関する指摘に対し、交通事故による死亡や不治、難治の結果が生じた場合、すなわち、重大な傷害を惹起した場合に対しては特例法が適用されないとする<sup>321</sup>。なお、この点に関し、大法院の判例は、「車<sup>322</sup>の運転者が道路交通法第27条第1項の規定による横断歩道における歩行者に対する保護義務に違反し、これにより傷害の結果を発生させたのであれば、その運転者の行為は特例法第3条第2項但し書第6項に該当するのであり、このとき横断歩道の歩行者に対する運転者の業務上の注意義務違反行為とその傷害の結果の間に直接的な原因関係が存在する限り、当該傷害が横断歩道の歩行者ではない第三者に発生した場合であっても但し書第6項に該当するとすることには支障がない<sup>323</sup>」（下線は筆者）としており、「直接的な原因関係」の有無によって特例法の適用の有無を判断するものとしている。

---

<sup>321</sup> 憲裁2009年2月26日 2005헌마764, 2008헌마118(병합)

<sup>322</sup> 道路交通法第2条【定義】には、車について以下のように規定している。

「1.～16. (省略)

17. 「車馬」とは、次の各目の車と牛馬をいう。

あ. 「車」とは、以下のいずれかに該当することをいう。

1)自動車

2)建設機械

3)原動機装置自転車

4)自転車

5)人又は家畜の力、又はその他の動力により道路で運転されるもの。但し、鉄路や架設された線を利用して運転されるもの、乳母車や行政安全部令により定める歩行補助用車椅子は除く。」

<sup>323</sup> 大法院2011年4月28日 2009도12671判決。

## 第2款 分業的医療の領域における信頼の原則

従来、交通事故を中心として議論されてきた信頼の原則は、その後、工場における製造物の生産<sup>324</sup>、建設現場や病院の分業的医療行為、薬害事故<sup>325</sup>など、危険を伴う行為を多数の人が分担する場面において広く検討されるようになった。その中でも、特に分業的医療行為（いわゆる「チーム医療」）が一般的に行われている現代の医療現場では、各参加者の責任範囲ないし危険分担などの問題と関連し、信頼の原則の適用が検討されてきた。医療技術の発展に伴い、医学行為は、ますます細分化・専門化されている。分業的な医療行為により、

---

<sup>324</sup> 製造物の生産過程における信頼の原則に関しては、전지연「형법적 제조물책임에서 주의 의무위반과 신뢰의 원칙」연세대학교 법학연구第17卷第4号（2007）1頁以下を参照。

<sup>325</sup> 判例が薬害事故において信頼の原則を認めた事案は以下のとおりである。まず、事実関係をみると、薬剤師Aが普段からの取引先たる製薬会社から制酸剤を仕入れた。しかし、Aが制酸剤として仕入れた薬剤には、製薬会社の過ちで、普段の制酸剤として使われる沈降炭酸カルシウムに加えて危険薬物である炭酸バリウムの成分が含まれていた。その事実を知らなかったAは、客のBに、仕入れた制酸剤を使用して風邪薬を製薬・販売し、その風邪薬を飲んだBが死亡した。起訴されたAは、自分が仕入れた小分けされた制酸剤の標示包装には、薬師法所定の検印がされていたことを確認しており、また、当該薬剤が腐敗・変質せず、有効期間が切れていないことも確認したと主張した。この事案に対して大法院は、「薬剤師が医薬品を販売又は調剤するにあたっては、薬剤師としては、その医薬品がその標示包装上において、薬師法所定の検印がある合格品であり、また、腐敗・変質・変色せず有効期間が経過していないことを確認して、調剤・販売した場合に、偶然不純物又は標示された医薬品とは異なる成分の薬品が含まれており、これを使用するなどしたため事故が発生したのであれば、特にその製品に不純物、又は異なる薬品が含まれていることを、簡単な注意を払うことで認識でき、又はすでに製品による事故が発生したことが広く知らされていたため、その医薬品の使用を避けるべき特別の事情がない限り、官能試験及び機器試験まで行わなければならない注意義務があるといえず、したがって、その標示を信頼しその薬品を使用した点に過失があるとはいえない」とし（下線は筆者）、薬剤師Aの過失を否定した（大法院 1976年2月10日 74도2046判決）。

患者はもっと専門的で質の高い医療サービスを受けることが可能となった。しかし、その一方で、過失医療事故が生じた場合、その過失事故の原因の究明や刑事責任の範囲設定に関する問題は、一層複雑となったのである<sup>326</sup>。そして、このような問題は、被害者たる患者側は勿論、その医療行為に参加する医療関係者側においても、高度のリスク要素である<sup>327</sup>。そこで、分業的医療行為に参加する行為者は、他の医療行為者が適切な行動を行うことを信頼してもよいとする信頼の原則が医療の現場においても適用されるようになったのである。医療行為者の間における相互的信頼は、今日の医療行為において必要不可欠な条件でもある。例えば、(分業的医療行為の代表的な例である)外科的侵襲行為において、手術に伴う危険を最小限とするためには、執刀医は手術自体に集中することが何より重要である。執刀医に看護師の一挙手一投足を監視する注意義務まで負わせることは、手術行為に専心する者の集中力を分散させ、医療事故が発生しかねない<sup>328</sup>。このような危険を避けるためには、執刀医は、ある程度の範囲内で、同僚の医師、看護師などを信頼する必要がある。判例も、分業的医療の領域において、信頼の原則を認めている。以下においては、医療行為における信頼の原則の適用に関する韓国判例の流れを整理することとする。

医療分業行為における信頼の原則を検討する際に、一般的に使われる手法は、参加者らの関係に基づき、それを、①水平的医療分業関係と、②垂直的医療分

---

<sup>326</sup> 金진호 「분업적 의료영역에 있어 신뢰의 원칙의 적용」 전남대학교법학논총第35輯第2号 (2015) 90頁。

<sup>327</sup> 정웅석 「분업적 의료행위에 따른 형사책임 관계」 의료법학第16輯第2号 (2014) 401頁。

<sup>328</sup> 小林憲太郎 「主治医が抗がん剤の投与計画の立案を誤り抗がん剤を過剰投与するなどして患者を死亡させた医療事故について科長に業務上過失致死罪が成立するとされた事例」 ジュリスト1399号 (2010) 163頁。



業関係とに分けて説明する方法である<sup>329</sup>。このような分類に対して、垂直的分業関係は参加者の間の上下関係を前提とするが、その関係は監督者と被監督者の関係であるため、最初から信頼の原則が適用される余地はなく、したがって、信頼の原則の適用を論ずる必要がないとし、水平的医療分業関係と、垂直的医療分業関係による検討は適切ではないとする指摘もある<sup>330</sup>。しかし、本論文では、医療現場における監督過失に対する判例の立場も検討の対象とするため、①水平的医療分業関係と、②垂直的医療分業関係という一般的な分類にしたがって検討を行う。

まず、「水平的医療分業関係」とは、その医療行為に参加する行為者らの間に指示・管理・監督関係が存在せず、各行為者は対等な位置でそれぞれの領域における独立的な医療行為を行う関係をいう<sup>331</sup>。外科手術における麻酔専門医と外科専門医の関係など、各専門医の間関係が水平的医療分業関係の代表例である。判例は、行為者が他の関与者と水平的医療分業関係に立つ場合には、信頼の原則の適用を広く認めている。判例は、内科専門医が神経科専門医に対して診療協力を求めた際、神経科専門医から被害者には神経科的な症状はないといわれたので、その回答を信頼し脳血管系の疾患の可能性を念頭に置かず、内科の診療を続けたため、被害者の脳くも膜下出血を発見せず、患者を植物状態とさせた事案において、「被告人は、神経科専門医に対して診療協力を求めた結果、神経科の領域における異常なしという回答を受けたのであり、その回

---

<sup>329</sup> 이상돈・前掲注(121) 155頁, 김성돈・前掲注(35) 501頁, 정성근/정준섭・前掲注(30) 350頁, 김기영 「수평적 의료분업과 의료기관 간의 신뢰의 원칙과 한계: 대법원 2011. 7. 14 선고 2009다 65416 판결을 중심으로」 외법논집第35卷第2号(2012) 207頁などを参照。

<sup>330</sup> 친진호・前掲注(326) 101-102頁を参照。

<sup>331</sup> 정용석・前掲注(327) 408頁。

答の前後の診療経過に照らして、その回答の内容に疑問を抱くような事情がなかったもので、その回答を信頼して脳血管系統の疾患の可能性を念頭に置かずに内科領域の診療行為を続け・・・(省略)・・・内科医師たる被告人が被害者を診療するにあたって、くも膜下出血を発見できなかったことに対して業務上過失があるといえない<sup>332</sup>」とし、内科医について信頼の原則の適用を認めた。

次に、「垂直的医療分業関係」とは、専門医と研修医、医師と看護師などのように、医療行為の参加者の間に上下関係が存在し、一方が他方を指揮・監督する関係をいう<sup>333</sup>。分業的医療における信頼の原則は、互いが注意を果たすことを「信頼してもよい」関係である必要がある。そのため、一方が他方を指揮・監督する垂直的医療分業関係では、①被指揮・監督者（看護師・研修医）が、指揮・監督者（専門医）を信頼することが原則的に認められるが、②指揮・監督者が被指揮・監督者を信頼することは原則的に制限されるのである。まず、看護師が医師の指示に従った場合、研修医が専門医の指示に従った場合（①の場合）に関しては、原則的に信頼の原則が認められる。しかし、判例は、注意事項を事前に確認したのであれば、医師の処方明らかに間違っていることを気づくことができた場合に対して看護師につき信頼の原則を否定した。本件事案は、大学病院の研修医が専門医の指示下で、整形外科手術を終えて回復中のAに対して筋弛緩薬であるvecuronium bromideを投薬するように処方したのであり<sup>334</sup>、看護師甲が、その薬剤を被害者に静脈注射で投薬することにより、

---

<sup>332</sup> 大法院 2003年1月10日 2001도3292判決。

<sup>333</sup> 정웅석・前掲注(327)頁。

<sup>334</sup> 筋弛緩薬であるvecuronium bromideは、全身の筋肉を弛緩させる、手術をする際に使われていた麻酔補助剤であり、回復中の患者には使用されない薬剤である。本薬剤は、呼吸筋を

被害者が意識不明となったことについて、看護師甲の業務上注意義務が問題となったのである。これに対して、判例は、「被告人が経歴の長い看護師であるとしても、単によく知らない薬剤が処方されたなどの理由だけで、その処方の適切さを疑い、医師にこれを確認しなければならない注意義務までであるとはいえないが、患者に対する投薬過程及びその以降の経過を観察・報告し、患者の療養に必要な看護を遂行することをその職務とする総合病院の看護師としては、その職務の遂行のために、処方された薬剤の投薬前に、予めその基本的な薬効や副作用及び、注射投薬に伴う注意事項などを確認、熟知しなければならない義務があり、本件の、処方の経緯と上記の薬剤の特殊な用途及び、その誤用による致命的な結果などに鑑みると、もしvecuronium bromideという薬剤が、手術後の回復過程における患者には使用できない性質のものであり、特に人工呼吸の準備がなされずに投与されてはならないなどの薬効があることと、薬剤使用上の注意事項及びその誤用の致命的な結果を事前に確認したのであれば、上記の処方が余りにも見当違いの薬剤の投薬を指示する内容であって、おそらくは錯誤又は過ちによるものであると推測するに足る疑わしい事情があることを容易に認識できたといえ、そのような事情があったら、看護師にはその処方を機械的に実行する前に、当該の処方経緯や内容を関連者に再確認することによ

---

麻痺させる作用を有するため、人工呼吸の装置を備えずに使用する場合、患者に致命的な結果を招くものである。本事件の場合、vecuronium bromideは、2日前の被害者の手術時に使われたのであるが、手術時に投薬された使用量と同日の電算入力された使用量（錯誤により、実際使用量より少なく記録されていた）の差を埋めるため、麻酔科医師と薬剤課担当者の協議の下、実際は投薬していないものの、形式的に処方薬品リストに入れておいたものであった。整形外科専門医はこのような事情を知らないまま、研修医に対して前日と同様の内容の処方をするを指示し、研修医は電子処方をする過程で、前日の処方薬品リストに含まれていたvecuronium bromideをそのまま入れたのである。

り、その実行による危険を防止しなければならない注意義務があるとするのが相当である<sup>335</sup>」とし、信頼の原則の適用を否定し、看護師について業務上過失致傷罪の成立を認めた。

他方、指揮・監督者たる医師や専門医は、看護師や研修医との関係において（②の場合）原則的に信頼の原則が適用されない。（ア）「医師と看護師」の間における信頼の原則に関する判例を見ると、看護師が他の患者に輸血しなければならない血液を誤って、B型の患者にA型農畜赤血球を輸血し、急性溶血性輸血副作用により患者が死亡したという事案について、大法院は、「看護師にして医療行為に関与させる場合に、その医療行為は医師の責任の下に行われるものであり、看護師はその補助者にすぎないので、医師は当該医療行為が患者に対して危害を与える恐れがある以上、看護師が過誤を犯さないように、十分な指導・監督を行い、事故の発生を未然に防止しなければならない注意義務があり、これをなおざりにしたまま、漫然と看護師を信頼し、看護師に当該の医療行為を一任することによって、看護師の過誤により、患者に危害が生じたのであれば、医師は、それに対する過失責任を免れることができない<sup>336</sup>」とし、輸血を看護師に任せた医師に対して、業務上過失致死罪の成立を認めた（以下、これを「輸血事例」という）。

また、患者に静脈注射の方法で麻酔剤を投薬する際に、これを医師が直接行わず、准看護師に本麻酔剤を直接注射させたことにより、（准看護師の過失行為により）被害者に傷害を加えたという事案について、大法院は、——必ず静脈注射の方式で行わなければならない、注射の過程で薬剤が筋肉に漏れたら深刻

---

<sup>335</sup> 大法院 2009年12月24日 2005㉔8980判決。

<sup>336</sup> 大法院 1998年2月27日 97㉔2812判決。

な副作用が生ずる麻酔剤を注射する際には——「医師は、自ら注射をするか、または、余儀なく看護師や看護助手に注射させる場合には、注射する位置や方法などに関する適切かつ詳細な指示を出すとともに、自らその場所に立ち会い、(看護師による:筆者注)注射の施行過程での患者の徴候など継続して注視しながら、注射が安全に済むように措置すべき注意義務がある<sup>337</sup>」とし、医師に対して業務上過失致傷罪の成立を認めた(以下、これを「静脈注射事例」という)。

これに対し、看護師が、医師の処方による静脈注射(side injection方式)を、医師の立ち会いのない状況で看護研修生にさせたが、看護研修生が、誤ってチューブに注射液を注入したために、患者が死亡したという事案については、「身体に直接注射して注射液を注入するのではなく大腿部の静脈に繋がっているチューブを通じて注射液を注入する行為は、投薬行為に近いという点…(省略)…被告人としては、自分の指示を受けた看護師が自分の期待とは異なり、看護実習生に単独で注射をさせた事情を予見できなかったことなどを総合的に勘案すると、被告人に自ら直接注射したり、または直接注射しなくても現場に立ち会い、看護師の注射行為を直接監督する業務上の注意義務があるとはいえない<sup>338</sup>」とし、医師の過失を否定した(以下、「side injection事例」という)。本件事案では、看護師の診療補助行為に対する医師の指導・監督の範囲も検討されており、大法院は、「国家が相当な水準の専門教育と国家試験を経て看護師の資格を与え、これを『医療従事者』に含めることに鑑みると、看護師の『診療の補助』の際には、すべての行為の1つ1つごとに常に医師が現場に立ち会っていちいち指導・監督しなければならないとはいえず、場合によっては、医師

---

<sup>337</sup> 大法院 1990年5月22日 90㉮579判決。

<sup>338</sup> 大法院 2003年8月19日 2001㉮3667判決。

が診療の補助行為の現場に立ち会わず、一般的な指導・監督を行うことで足りる場合もある。ただ、ここに該当する補助行為であるのかどうかというのは補助行為の類型により一律的に決めることはできず、具体的な場合において、その行為の客観的な特徴に照らして危険が伴うものであるのか、副作用、あるいは後遺症が生じるのか、当時の患者の状況はどうであったのか、看護師の資質や熟練度はどの程度であったのか等のさまざまな事情を斟酌し個別的に決めなければならない」とし、看護師の診療の補助に関して、常に医師が立ち会って指導・監督する必要はないとした。一見、「静脈注射事例」と「side injection 事例」事案とは、看護師が医師の立ち会いのない状況で静脈注射をしたという点で類似しているように思われる。しかし、判例は、前者においては患者の静脈に直接に針を入れる危険な行為であるため、医師が直接にこれを行うか、立ち会って指示・監督する必要があるとしたのに対して、後者においては、大腿部の静脈に繋がっているチューブに注射液を注入するという「投薬行為」であるとし、医師が立ち会う必要はないとした。また、看護師の診療補助行為に対する医師の指導・監督義務は、一律的に決めることはできず、具体的な場合において決めなければならないとしたのである。

さらに、(イ)「専門医と研修医」の間における信頼の原則に関して、判例は「医師が他の医師と医療行為を分担する場合においても、自身が患者に対する主たる医師の地位であったり、他の医師を事実上指揮監督する地位にあれば、その医療行為の領域が自分の専攻科目ではなく他の医師の専攻科目に全面的に属するものであるという事情、あるいは、他の医師に全面的に委任されたなどの事情がない以上、医師は自分が主に担当する患者に対して、他の医師が行う医療行為の内容が的確なものであるのかどうかを確認・監督しなければならない

い業務上の注意義務があり、もし医師がこのような注意義務を怠ることにより、患者に危害が生じたのであれば、医師はそれに対する過失責任を免れることができない<sup>339</sup>」とし、①患者に対する主たる医師の地位(主治医)にある者と、②他の医師を事実上指揮監督する地位にある者については、信頼の原則が制限されるとしている。ただし、大学病院内の職位などから医師の間に垂直的な関係が形成されているように見える場合であっても、そのような体制が、単に病院の行政上の職級にすぎない場合には、各研修医などに対する指揮・監督義務はないとした<sup>340</sup>。

### 第3款 信頼の原則の適用限界

刑法上、信頼の原則は、過失犯の成立範囲を制限する法理として理解されている。現代社会における道路交通の領域や医療、その他の分業的行為などにおいて、信頼の原則が認められることは、関係者の自由を確保することを意味し、各活動領域の機能を維持・向上させるために不可欠であるといえよう。しかし、信頼の原則により行為者の自由が確保されることは、(信頼の原則を認めないときと比べて)他人の生命・身体などの法益保護の危殆化を招く恐れと表裏をなしているため、信頼の原則が過度に拡大適用されないように注意しなければならない。

信頼の原則は、各行為者の間における相互信頼できる関係を前提とするため、他の者の適切な行動を信頼することができない、あるいは相当ではない特別な

---

<sup>339</sup> 大法院 2007年2月22日 2005도9229判決。

<sup>340</sup> 大法院1996年11月8日 95도2710判決。

事情がある場合、その適用は認められない<sup>341</sup>。判例も、「信賴の原則は、相手の交通関与者が道路交通の諸般法規を守り道路交通に当たると信賴できない特別の事情がある場合にはその適用が排除されるといえる<sup>342</sup>」とし、特別の事情がある場合には信賴の原則が排除されることを明らかにした。そこで、韓国の学説は、信賴の原則が制限される特別の事情を類型化し、信賴の原則の適用限界を試みている。信賴の原則が制限される各類型は、以下のとおりである。

第1に、行為者が自ら規則を違反した場合は、原則として信賴の原則の適用が制限される。これは、自ら規則を違反することで惹起された危険につき、他の行為者の適切な行動を信賴したとして、過失責任を免れようとすることは矛盾であり、妥当ではないという考え方に基づいている<sup>343</sup>。信賴の原則は、他人の適切な行為を信賴してもよいことを意味するが、それは、他人の適法行為を信賴して、自らは規則を違反した行為を行っても良いことを意味するのではない。例えば、道路の中央線をはみ出して運転した運転者が、それにより生じさせた結果に関して、他の運転者の制限速度超過運転を理由として、信賴の原則の適用を求めることはできない。判例は、「危険な曲り道で、道路の中央線を制限時速を超えて運転している際に、反対方向から右側で進行してくるタクシーの前面左側部分に衝突したのであれば、これはもっぱら被告人の過失により生じたのである」として<sup>344</sup>、信賴の原則の適用を否定した。

しかし、ここで注意しなければならないことは、単に行行為者に注意義務違反

---

<sup>341</sup> 井田・前掲注（160）212頁を参照。

<sup>342</sup> 大法院1984年4月10日 84도79判決。

<sup>343</sup> 김일수/서보학・前掲注（140）329頁。

<sup>344</sup> 大法院 1973年6月12日 73다280判決。



行為があることで直ちに信頼の原則が制限されるのではないということである。判例は、左折禁止区域で左折をする際に、後方約50mの地点での車が、中央線を超えて、被告人の車両を追い抜こうとした被害者の車両に衝突した事案において、「(相手方が:筆者注)きわめて非常識的な方法で進行してくることで予想して、事故発生の防止措置を採らなければならない業務上の注意義務はない」とし<sup>345</sup>、信頼の原則を認めた。その他にも、「被害者の無謀な追い越しにより惹起されるかもしれない事故を未然に防止する注意義務はない<sup>346</sup>」とし、被告人に若干センターラインをはみ出したという規範違反的行為があるにもかかわらず信頼の原則の適用を認めたものがある。したがって、行為者の規則違反行為が事故と直接の関係がない（例えば、運転免許不携帯など）場合には、信頼の原則を適用することができる<sup>347</sup>。行為者の規則違反がある場合に信頼の原則の適用を制限するという見解に対しては、そのような制約は信頼の原則自体に内在する条件であるともいえ、厳密な意味で信頼の原則の「制約」ではないという指摘もなされている<sup>348</sup>。

第2に、行為者が、——自らは規則を遵守していたとしても——、他の行為者の規則違反行為をすでに認識していた場合、あるいは認識できた場合には、信頼の原則が制限される。例えば、運転中に、高速道路を横断する人を目撃した以上、運転者は「高速道路には人が入らない」ということを信頼したと主張することはできない。むしろ、その場合には、人が高速道路を横断することを

---

<sup>345</sup> 大法院1984年5月29日 84도483判決。

<sup>346</sup> 大法院 1970年2月24日 70도176判決。

<sup>347</sup> 大法院 1996年5月28日 95도1200判決。

<sup>348</sup> 신동운・前掲注(14) 242頁, 이재상/장영민/강동범・前掲注(59) 195頁。

念頭に置いて、事故防止のための措置を採らなければならない。もっとも、高速道路を横断する人を目撃したとしても、わずか2-30mの手前で発見したため、結果を回避することができなかった場合には、信頼の原則が認められる。判例は、「高速道路を無断横断する歩行者に衝突し、事故を発生させた場合であっても、運転者が相当な距離から歩行者の無断横断を事前に予想できる事情があり、それにより直ちに減速したり急制動をするなどの措置をとったならば歩行者との衝突を避けることができたなどの特別の事情が認められる場合にのみ自動車運転者の過失が認められる」とした<sup>349</sup>。その他にも、「はみだし禁止の黄色の中央線が設定されている道路を走行する運転者は、反対方面から来る車両も反対車線を走行すると信頼するのが普通であり、中央線を追い越して突入する場合まで予見しながら運転すべき注意義務はないが、ただし、反対方面から進行してくる車両が、すでに中央線をはみ出した状況で非常識的な運行をしているのを目撃した後は、自己の進行前方に突入する可能性を予見し、その車両の動態を注意深く見ながら速度を落として避けるなどの適切な措置を採ることとで事故発生を未然に防ぐ業務上の注意義務がある<sup>350</sup>」とし、他の行為者の規則違反行為をすでに認識していた場合において信頼の原則の適用を否定した。

第3に、最初から他人の規則遵守行為が期待できない場合には信頼の原則の適用が制限される。例えば、子供、老人、身体的にハンディキャップを負った者、酩酊者などは規則を遵守することが困難な場合がある。したがって、このような状況の者が規則を守ることを信頼することが困難な事情がある場合、またはその信頼が社会的に相当ではないと思われるときには、信頼の原則が適用

---

<sup>349</sup> 大法院 2000年9月5日 2000㉔2671判決。

<sup>350</sup> 大法院 1986年2月25日 85㉔2651判決。

されない。例えば、一般の歩行者の場合には突然車道に飛び出すことはないと考えてもよいとしても、相手が老人や幼児であることが分かれば、車道に飛び出すことも計算に入れて行動しなければならない<sup>351</sup>。判例は、40m前方の右側道路辺で子供がバスと同じ方向に歩いているところ、突然2m前方でバスの前に飛び込み、運転士は急停止したが、間に合わず、子供が死亡した事案に対して、「自動車運転士としては、その子供が、進行しているバスの前にいきなり飛び込むかもしれないことを予見し、これによる事故を事前に防止するために、速度を落とし、その動態を注視するなどの万般の注意義務があったのにもかかわらずこれを懈怠し…(省略)…被告人に過失がないといえ」ないとし、運転士について業務上過失致死罪の成立を認めた<sup>352</sup>。また、特殊な事情により、従来から頻繁に事故が起きる場所——例えば、小学校の前、幼稚園の前や、乗客がバスから下車中のバス停、列車の踏切場、凍った道路など——においても、原則的に信頼の原則の適用が制限されるとする。

その他にも、業務を分担する行為における、指揮・監督者には原則的に信頼の原則が適用されない。この場合、監督義務者は、被監督者の過ちを防ぐための特別な指揮・監督責任を有するため、原則的に信頼の原則は制限される<sup>353</sup>。すなわち、各行為者の関係が水平的な関係である場合は、信頼の原則が適用されるが、垂直的な関係(例えば、医師と看護師の関係)である場合には、信頼の原則が適用されない。ただし、信頼の原則の例外というのは、基本的には信頼の原則が適用されるが、その原則を適用することができない「特別の事情」が

---

<sup>351</sup> 松宮・前掲注(82)225頁。

<sup>352</sup> 大法院 1970年8月18日 70도1366判決。

<sup>353</sup> 김일수/서보학・前掲注(140)329頁。

ある場合をいうとして、管理監督者の地位にあることは、信託の原則が制限される場合ではなく、そもそも信託の原則が適用されない場合であると指摘する見解もある<sup>354</sup>。

#### 第4款 小括と検討

以上、韓国における信託の原則の学説と判例の傾向を、道路交通の領域と、医療(特に分業的医療行為)を中心として概観した。韓国においては、信託の原則は、許された危険の特殊形態として、客観的注意義務の限界を設定すると理解されるのが一般的である。これは、ある過失結果の発生に対して、相互信託を前提とする複数人の行為が影響を与えた場合、各自はそれに対する適当な危険分担を行うべきであるという法理を背景とする<sup>355</sup>。最初に信託の原則が形成された道路交通の領域において、韓国の判例の傾向を見ると、大きく2つの類型にわけることができる。判例は、自動車と自動車(自転車)との間の事故に関しては、信託の原則の適用を広く認めているが、自動車と歩行者との間に生じた事故に関しては、信託の原則を厳格に適用している。道路交通の領域で形成された信託の原則は、その後、交通事故の領域に限らず、製造物の生産過程や医療行為のように、多数の行為者が組織的に参加する分業の領域においても、その適用が検討されるようになってきた。精度の高い共同作業を効率的に遂行するためには、関与者間の信託が求められる。したがって、危険な業務を分担

---

<sup>354</sup> 김성돈・前掲注(35) 505頁。

<sup>355</sup> 최호진 「분업적 의료행위에 따른 형사책임의 분배——특히 수직적 의료분업을 중심으로——」 『형사법연구』 第30卷(2007) 5頁。

する場面において、その業務を円滑に行うためには信頼の原則が認められることが要求される。その中でもチーム医療が一般化されている現代医療の領域において、信頼の原則は、各行為者の過失認定範囲の限定という観点から議論されている。

ただ、交通事故における、交通関与者の過失責任の分配を中心として開発された法理を、チーム医療のような分業的行為にそのまま適用することが妥当であるかどうかは問題となる。道路交通における信頼の原則は、事故の結果が交通関与者らの間で生ずることを前提とする。それに対して、チーム医療の場合は、道路交通の場合と異なり、そもそも加害者(医療従事者)と被害者(患者)は危険防止を分担すべき当事者ではない<sup>356</sup>。このように、もともと交通事故のような加害者と被害者との「対向型」の場合に認められてきた信頼の原則を、組織内において複数の者が互いの適切な行動を信頼して分業を行うような「組織型」の場合にも適用できるかという問題は、日本においても争いのあるところである。

チーム医療行為に対する信頼の原則の適用により医療従事者が刑事責任を免れることは、医療従事者と患者の間の情報の格差や、患者側の限られた危険回避能力などを考慮するとき、患者側にとって納得しがたいこととなりうる<sup>357</sup>。そこで日本においては、医療の領域において信頼の原則が適用されるためには、医療従事者間の業務分担が明確になっており指揮命令系統が確立していることが必要とされている<sup>358</sup>。韓国の判例は、医師と医師の間で医療行為を分担する

---

<sup>356</sup> 船山泰範「北大電気メス事件」別冊ジュリスト183号(2006)186頁。

<sup>357</sup> 진진호・前掲注(326)90頁。

<sup>358</sup> 最高裁平成19・3・26 刑集61巻2号131頁(患者取り違え事件)を参照。

場合において、①患者に対する主治医の地位の者、②他の医師を事実上指揮監督する地位の者は、自分が担当する患者に対して、他の医師が行う医療行為の内容を把握し、それが的確なものなのか確認・監督しなければならないとしている。ただし、①、②の場合であっても、患者の症状が全面的に医療業務分担する他の医師の専門分野の領域である場合や、他の医師に医療業務が全面的に委任された場合には、その限りではない。したがって、主治医とその他の医師、専門医と研修医などの場合には指揮命令系統が形成されるので信頼の原則が制限されるが、専門医の間のように、医療従事者間の関係が水平的である場合には、信頼の原則が適用されうる。この場合でも、具体的信頼の範囲は、医療行為の分業化と専門化などを考慮して個別的に判断しなければならないであろう。

他方において、医師と看護師の間において、判例は、「医療行為は医師の責任の下に行われるものであり、看護師はその補助者にすぎない」とし、原則的に信頼の原則が制限されてきた。しかし、医師が、看護師の行うすべての診療補助行為に対して指導・監督を行うことは、事実上、医療従事者間の業務分担を否定することにはほかならない。判例は、医師（監督者）は看護師（被監督者）に対して直接・具体的な指導・監督を行わず、一般的な指導・監督で足りる補助行為について、それを一律的に決めることはできないが、具体的な場合において、①その行為の客観的特徴における危険性、②副作用や後遺症が生ずる可能性、③当時の患者の状況、④看護師の資質や熟練度などを考慮して決めるべきであるとする<sup>359</sup>。

日本において、医師と看護師との間において医師に信頼の原則を認めた高裁

---

<sup>359</sup> 大法院 2003年8月19日 2001㉔3667判決(side injection事例)。

判例としては、いわゆる北大電気メス事件の控訴審判決を挙げることができる。本判決は、執刀医について「（ケーブルの）誤接続に起因する傷害事故発生の予見可能性が必ずしも高度のものではなく、手術開始直前に、ベテランの看護婦である被告人を信頼し接続の正否を点検しなかったことが当時の具体的状況のもとで無理からぬものであったことにかんがみれば<sup>360</sup>」とし、信頼の原則を適用して過失を否定した。本判決が信頼の原則を適用したことに対しては、「看護師がベテランであったとはいえ電気メス器の取扱いには不慣れであった点を考えると、執刀医が手術中であったとしても実質的にみて信頼の原則を用いるべき事案であったか、なお疑問が残る」という批判もある。しかし、ケーブルを接続するという行為は、それ自体が極めて単純容易な作業である上に、その行為の客観的特徴における危険性も高いとはいえないと思われる。また、資質や熟練度の高いベテラン看護師であった点などから、医師の指導・監督を要する行為とはいえず、医師に信頼の原則を適用することは可能であったと解される<sup>361</sup>。この判決は、医者への直接・具体的な指導・監督を要しない看護師の診療補助行為について、具体的な場合における行為の危険性、その行為による副作用、患者の状況、看護師の熟練度などを挙げた韓国の「side injection事例」についての判例とともに、示唆に富むものであると考える。

その他にも、「組織型」における、工場内での共同作業における管理・監督者など、いわゆる管理・監督過失の場面で、部下の適切な行動を信頼した上司に「信頼の原則」の適用を認めうるのかどうかについては争いのあるところである。ここでは、業務の性格、業務分担の確立の度合い、業務分担の専門上の

---

<sup>360</sup> 札幌高裁昭和51・3・18 判タ336号172頁。

<sup>361</sup> 大塚・前掲注（203）105頁。

能力等を考慮すると、実務上、他人の適切な行動を信頼するのが相当ではない場面が多く見受けられよう<sup>362</sup>。韓国では、このような「組織型」において、信頼の原則を適用するためには、各自の分担業務が確立されており、また、その共同作業の効率などのために信頼を認める必要があるとされている<sup>363</sup>。監督者が部下の適切な行動を信頼することが許される場合には、過失結果に対して監督者の怠慢を問題にすることができなくなる。しかし、監督者が容易に結果を予見かつ回避できたのであれば、信頼の原則は制限されなければならない。したがって、監督者の過失について信頼の原則を適用するにあたっては、慎重な考慮を必要とする。監督過失は、ほとんど常に、被監督者の過失行為を予見しなかった、あるいは被監督者の過失行為を止める策を講じなかったという形で、被監督者の過失行為を前提としている。したがって、監督過失の成立には、被監督者の不適切な行動をとることについての予見可能性がなければならず、第三者（被監督者）の不適切な行為に対する予見可能性の有無が問題となる点で道路交通事故と共通しているのである。そこで、他人（被監督者）が適切な行動をとるであろうことについて信頼してよいのであれば、監督過失を否定し、このような信頼を揺るがす特別の事情がある場合にのみ監督過失の成立を認めるとする見解も有力である。日本の判例は、工場内での共同作業の事案において、「安全教育または指示を徹底しておきさえすれば、通常、熟練技術員らの側においてこれを順守するものと信頼することが許される<sup>364</sup>」と判示して、同原則の適用の余地があることを認めている。

---

<sup>362</sup> 曾根・前掲注（15）358頁。

<sup>363</sup> 정성근/정준섭・前掲注（30）350頁，이동명・前掲注（223）279頁。

<sup>364</sup> 最判昭和63・10・27 刑集42巻8号1109頁。



また、韓国の学説は、信頼の原則の慎重な適用を図るため、行為者の間において他の者の適切な行動を信頼することができない、または相当ではない特別の事情を類型化している。学説は、①行為者自ら規則を違反した場合、②行為者が他の行為者の規則違反行為を既に認識している（あるいは認識できた）場合、③他の行為者の精神的・身体的な状況により、最初からその行為者が規則を遵守することが期待できない場合などには、「原則的」に信頼の原則が制限されるとした。この中で、行為者に規範違反的行為がある場合に信頼の原則の適用を認めない見解は、日本の学説においても見られる。これは行為者の規範遵守的行動に重心を置くものといえる<sup>365</sup>。しかし、信頼の原則を制限する類型は、必ずしも絶対的なものではなく、各類型ごとにその例外があることについては、上述したとおりである。

最後に、韓国の判例が、道路交通の領域や、分業的業務関係が存在する場合でもない場面において、直接「信頼の原則」という言葉を用いて重過失致死罪を否定した事案を紹介しておきたい。たしかに、本判決に対して、学説では、判決文中に「信頼の原則」という言葉が用いられているものの、信頼の原則の事例ではないという強い批判が加えられている<sup>366</sup>。しかし、なぜ本判決が——判決文が「信頼の原則」という言葉を用いているにもかかわらず——信頼の原則の事例として認められないかという理由を検討することで信頼の原則の適用範囲を改めて確認することができると思う。

本判決の具体的な内容と、学説の批判は以下のとおりである。警察官たる被告人らは、同僚の警察官Aと被害者Bと一緒に、はしご酒をして、相当酔いが

---

<sup>365</sup> 深町晋也「注意義務の存否・内容(1)」刑法判例百選 I 総論〔第7版〕(2014)110頁。

<sup>366</sup> 배종대・前掲注(18) 666頁, 박상기・前掲注(59)193頁。

回っている状態であった。Bは、Aの携帯していた拳銃に好奇心をみせながら、Aに「触らせてくれ」と言ったが、Aはこれを無視していた。他の店に入ってBは、また、拳銃を触ってみたいと言い出したが、Aは無視し続けたため、立腹したBはAに向かって侮辱的な言葉を吐き、挑発した。そこで、激怒したAは、急に銃を出し、Bに対し、いわゆる「ロシアン・ルーレット」ゲーム（リボルバー式拳銃に1発だけ実包を装填し、適当にシリンダーを回転させてから自分の頭に向け引き金を引くゲーム）を提案し、直ちに自ら自分の耳の右上に1発を撃った。その後、Bも自ら自分の耳の右上に1発を撃ったが、その際に、実包が発砲され、Bは死亡したというのである。

ここで、問題となったのは、回りにいたAの同僚の警察官の過失責任であった。検察官は、「警察官たる被告人らは、被害者が拳銃を取って引き金を引く場合、死亡する可能性があるので、これを積極的に制止し、事故の発生を事前に防止しなければならない注意義務があるにもかかわらず、そのまま放置した重大な過失により被害者が死亡した」とし、重過失致死罪として起訴した。しかし、大法院は、「普通人の常識としては、一緒に数回にわたり楽しく酒を飲みながら遊んでいた同僚が急に自殺行為にほかならない「ロシアン・ルーレット」をすることは、容易に予想できず（信頼の原則）…省略…警察官という身分上の条件を考慮しても上記のような状況において被告人らが、本件『ロシアン・ルーレットゲーム』を直ちに物理的に制止できなかつたとしても、それだけでは上記Aの過失とともに重過失致死罪の刑事上責任を問われる違法な注意義務があったと評価することができない」とし<sup>367</sup>、被告人らの過失を否定した。

---

<sup>367</sup> 大法院 1992年3月10日 91도3172判決。

本判決に対して、学説は、一般的に信頼の原則は、相互間の注意義務が認められる場面において相手の適法行為を信頼しながら自分の注意義務を果たすということを意味するが、本件事案をみると、被告人と被害者の間に相互の注意義務が存在せず、そもそも本件事案は信頼の原則の領域の問題ではないとする。むしろ、本件事案は、被害者の自傷行為による死亡事件であるため、被告人らに結果帰属が否定されたと理解するのが妥当であると指摘するのである<sup>368</sup>。

## 第9章 まとめ

第3編においては、韓国の過失論の現状について、日本の過失論との比較・検討を行いつつ紹介し、日本の過失論と韓国の過失論の関係について若干の考察を行ってきた。日韓の間には、過失に関する明文規定の有無という違いがある。すなわち、韓国刑法14条は過失行為を「正常の注意を懈怠することにより罪の成立要素たる事実を認識し得なかった行為」と定義している。とはいえ、「正常の注意」とはいかなるものか、その内容や判断基準は明らかでなく、その解釈はすべて判例と学説に委ねられているという点では、韓国においても日本と事情は異ならない。両国の過失犯論の間には重要な部分において共通性があるが、細部においては差異も見られる。本編においてはそのことを明らかにできたと思われる。

---

<sup>368</sup> 박상기・前掲注(59) 193頁。

## 第3編

### 過失犯の共同正犯に関する韓国の判例の検討

——日本の判例との比較を中心として——

#### 第1章 はじめに

複数の者の過失行為により犯罪の結果が発生した場合、行為者全員に対し結果発生について共同正犯としての刑事責任を問うことができるのか。これがいわゆる過失犯の共同正犯の問題であり、これをめぐり、韓国の理論と実務は激しい対立を見せている。韓国における初期の判例は、「過失においては、意思連絡の観念を論じることができないため、故意犯のような共同正犯は成立し得ず、過失犯に教唆・幫助も成立し得ない<sup>1</sup>」とし、過失犯の共同正犯を否定する見解であったが、1962年に過失の共同正犯を認めて以来、判例は現在に至るまで過失犯の共同正犯を肯定する見解を支持している。これに対して学説は、——肯定説が増加する傾向はあるが——いまだ否定説が多数説とされている。

そこで、これまで半世紀以上、理論と実務の対立状態が続けられてきた過失犯の共同正犯に関する問題をいま改めて整理する必要があると考えられる。これまで長年にわたり蓄積されてきた過失犯の共同正犯に関する判例を、「そもそも過失犯の共同正犯は理論的に成立し得ない」として否定することは、実務側においておよそ説得力を持たないであろう。もちろん、理論は実務を正当化

---

<sup>1</sup> 大法院 1956年12月21日 4289刑上276判決。

させる道具ではないため、必ずしも理論と判例が一致しなければならないのではない。しかし、理論と実務の間隙がこれだけ長期化している状況で、それぞれの意見だけを強調することは、今の膠着状態を打開するために何の役にも立たないであろう。過失犯の共同正犯に関する議論は、これからもさらに深化すると考えられるので、学説と実務の双方において問題の核心を把握し、それぞれの所説の当否をあらためて検討することが求められる。それは、今の状況を正確に把握した上で、複雑に絡んでいる論点を整理し、これにつき理論と実務の双方から意見が出され、相互に検討が行われる過程でのみ達成できると考える。そこで、本章では、その第一歩として過失犯の共同正犯に関する判例の傾向を可能な限りまとめて大きな流れを示すことにしたい。

大法院総合法律情報サイト<sup>2</sup>から検索した結果、2017年現在に至るまで過失の共同正犯が問題となった大法院判例は合計14件ある。この中で、過失の共同正犯を否定した事案が3件あり、11件の事案においては過失犯の共同正犯が認められている。本章では、過失犯の共同正犯に関する判例の傾向や動きを把握するため、過失犯の共同正犯に関する大法院の判例を全般的に紹介することとする。ただし、1990年代以降の判例は、業務上過失致死傷罪を中心に過失犯の共同正犯を検討しているため、船舶の衝突事故に関して業務上過失交通妨害罪の共同正犯を認めた事案<sup>3</sup>は扱わず、その代わりに過失犯の共同正犯に関する

---

<sup>2</sup> 韓国法院総合法律情報サイト (<http://glaw.scourt.go.kr/>)。

<sup>3</sup> 本事案は、次のようなものであった。すなわち、タグボートの定期傭船契約の現場所長甲は、事故の危険性の高い海上で鉄骨構造物及び海上クレーンの運搬作業を行うことにおいて、船籍作業が遅延されたため、停潮時点にあわせて出航することができないにもかかわらず、出航の延期や対策を講じず、タグボートの船長乙の出航延期の意見を黙殺し、出航を強行することを指示し、乙はこの指示に従い、事故の危険が高い時点で出航し、海上の強い潮流が

下級審判例を検討することとする。ここでは、過失犯の共同正犯に関する全判例を事実概要と判旨を中心に紹介し、簡単な検討を行うこととする。すなわち、判例の傾向やその理論構造に焦点を当て、過失の共同正犯に関する多岐にわたる学説の論理は必要な部分のみ取り上げることとし、学説の詳細は次章で紹介することとしたい。

判例の整理・分析に関してはさまざまな方法が存在するが、ここでは過失の共同正犯に関する判例を時間的流れに沿って検討したい（大法院の判決宣告日を基準とする）。この方法により、主に交通事故において同乗者と運転者の間に過失の共同正犯を認めてきた初期の判例が、その後、どのように変化してきたのかという流れが明らかになると考える。韓国の判例は、最終的には1990年代を基点として、建物の崩壊や大型コンサートでの圧死事故などにまで過失の共同正犯の理論を適用するに至ったのである。

そこで、以下においてはまず、判例が過失犯の共同正犯の成立自体を否定したと評価される1956年の判例から肯定説へと転じた1962年判例への動きを見ることで過失犯の共同正犯に関する判例の基本的見解を明らかにする。そして、1960年代から現在に至るまで判例が過失犯の共同正犯を認めた事案を中心として、判例が過失の共同正犯を認める根拠とその基準が一貫したものであるのか、それとも時間とともに修正されてきたのかを検討する。さらに、過失犯の共同正犯の成立を否定した事案を検討し、その成否の分水嶺となる基準はいかなるものであるのかを検討する。このような過程で判例を明らかにするならば、そ

---

流れていたにもかかわらず、無理にタグボートを運航した結果、無動力浮船に積載された鉄骨構造物が海上に墜落して海上の船舶交通を妨害したというのである。この事案について、甲と乙の間に共同正犯が認められた（大法院 2009年6月11日 2008도11784判決）。

これは実務の運用過程において自己矛盾的な傾向があるのかという点に関する分析を可能とするとともに、学説との比較研究ための資料としても活用できると考える。なお、判旨だけを紹介するのではなく、事実関係や裁判の経過などをできるだけ詳細に紹介することで、日本の過失犯の共同正犯の判例との比較のためにも役立ちうると考える。

## 第2章 過失犯の共同正犯に関する初期の判例

---大法院1956年12月21日判決

### 第1節 事案の概要

1956年1月11日の20時頃、釜山を出航し、目的地の瀟水に向かっていた旅客船「太信号」の船上で、船舶の灯火取締役責任者たる事務部員Bは、深夜午前3時頃、港へ入港届を提出するため、乗務員室から三等客室の入口に移動した。そこでBは客室の入口に掛けられている荷役ランプが消えていることに気がつき、販売員C（Cは太信号の職員ではなく、普段から本件旅客船で自己の計算で乗客に物品の販売をしながら灯火の整備も任されていた者である）に対して、荷役ランプに給油し、灯りをともすように指示した。Cは、船舶の後尾に倉庫があるにもかかわらず、引火物質たる石油を常に三等客室に備えておき、ランプに石油を注ぐ作業をする際には漏斗などを使わず缶詰用の空き缶を使ってきたため、一畳あまりの狭い船員室の畳には油が染み込んでおり、三等客室はすでに引火性が高い状況であった。本件旅客船太信号は、夜間定期就航船であったため、停船すると船内の全ての電灯が自動的に消灯されることになっていた

ため、Cは薄明かりの中でBから渡された荷役ランプに空き缶を使ってランプに油を注ぐ作業を行った。その際、畳に石油が落ちたが、これを拭かずにマッチでランプに火をつけると、ランプの周りの油に火が移ったので、Cが慌ててこれを吹き消そうとしたができず、むしろ手に火傷を負い、持っていた荷役ランプを船員室の畳に落とした。その結果、火災が急速に拡散し、乗務員室、昇降口、三等客室天井及び船窓の一部を燃やした。船長Aは、三等客室から火が燃え上がるのを見て、船倉の貨物に火が移ると機関室まで燃焼し船体が爆発する恐れがあると思い、三等客室からの唯一の出入口を閉鎖することをBに指示した。その結果、船内の乗客は退避することができず、一酸化炭素中毒による死亡や火傷などにより、87名の死傷者が発生したのである。

## 第2節 裁判の経過

検察側は、本件火災の直接の原因を提供したCの他、A・Bをそれぞれ業務上失火罪と業務上過失致死傷罪等で起訴した。原審は、Cに対しては、業務上失火罪と業務上過失致死傷罪の成立を認めた。しかし、AとBについては、業務上失火罪の成否に関し、行政上の過失責任と刑法上の過失責任は区別されなければならないとして無罪を言い渡し、業務上過失致死傷罪についても人名救助に全力を尽くしたということで無罪とした。原審判決に対し、検察官は、Aは船長として、Bは船舶の灯火取締役責任者として、それぞれCの灯火の整備、特に石油の扱いに対する指揮監督を行う義務があり、その注意義務を違反したにもかかわらず、刑事上の責任を負わないとするのは妥当でないとし、また人名救助のための注意義務を払ったともいえないとして上告した。



### 第3節 大法院の判決要旨

大法院<sup>4</sup>は、Bについては業務上失火罪と業務上過失致死傷罪の両方が成立するとし有罪としたが、船長Aについては業務上過失致死傷罪のみ成立するとし、業務上失火罪については無罪とした。大法院は、当時の具体的な状況を検討した上、AとBとが「事実関係において、火災発生直後、人命救助のため、さまざまな注意義務を尽くしたとはいえない」とし、原審の無罪判決を破棄した。そこで、本判決で注目すべきことは、業務上失火罪の成否に関する大法院の判示である。

大法院は、船長Aに対して、当時の太信号には三等事務長Bがいたことを指摘し、「灯火取締りに対する直接責任者が特定していることが明確であるため、船長自身は部下船員のBに対して職務上の指揮監督をする行政上の責任はあるものの、灯火取締りなどに対する直接責任者ではなく、その責任はもっぱらBにあるといえる。したがって、仮に船長たる被告人に過失があるとすれば、これは、指揮監督を懈怠した点に対する行政上の過失に過ぎない。また、過失においては、意思連絡の観念を論じることができないため、故意犯のような共同正犯は成立し得ず、過失犯に教唆・幫助も観念し得ないので、結局Bの失火責任を被告人に帰することはできない」（下線は筆者）とし、Aに対する業務上失火罪を否定したのである。

他方において、三等事務長たるBについては、「Cは、太信号の職員ではなく、従来から船内で自己の計算で物品などを販売してきた者であり、被告人が

---

<sup>4</sup> 大法院 1956年12月21日 4289刑上276判決。

個人的にCを使役し、灯火整備事務に従事させたに過ぎず、被告人は灯火の直接責任者として、注油道具が不完全なものであり、船舶の後尾に引火物質の収納倉庫があるにもかかわらず、三等客室の昇降口に付置されている狭小な部屋に石油を運んで常備させ、不完全な道具を使用しCが注油をしてきたことを認識したにもかかわらず、右の道具を改善させず、また、自ら灯火の整備もせず、未成年者たるCにして右のような危険の高い環境で灯火の整備を命じると、彼の過ちにより引火の危険があることを予想できたにもかかわらず、普段から右のCに一任し、これを放任してきたばかりではなく、さらに、当時には居眠りしていたCに注油点灯を指示し、公訴事実のような失火に至ったことは、被告人の過失に帰するものであり、当過失と失火との間には相当因果関係があるとするのが妥当である」として、Bについて業務上失火罪の成立を認めた。

#### 第4節 本判例の意義

本判決は、韓国刑法下において大法院が過失犯の共同正犯に対する見解を明らかにした最初の判決である。大法院の業務上失火罪の成立に関する判断過程を検討してみると、まず、「船長が過失によりその義務に違反した場合であっても、同過失が必ずしも刑事上の過失に該当すると断言できない。両者の過失が競合する場合、すなわち行政上の過失に該当しながら同時に刑法上の過失にも該当する場合があります、あるいは、行政上の過失には該当するが、刑法上の過失には該当しない場合もあるといえるので、結局船長などの刑法上の過失の有無は個別具体的状況によりこれを決めざるを得ない」として、行政上の義務違反が直ちに刑法上の義務違反となるのではないとしているところが注目される。

本件においては、具体的事実関係から、海運行政上の義務違反（船員法違反）が刑法上の業務上失火罪の注意義務違反となりうるのかどうか問題となる。これに対し、大法院は、三等事務長Bについては、灯火の直接責任者であった点、未成年者たるCに灯火の管理をまかせた点、不完全な道具を放置した点などから注意義務を肯定した。ここで注目すべきことは、大法院が、BについてCに対する指揮監督義務違反を問題としたのではなく、直接的な注意義務を認めた点である<sup>5</sup>。これは、Cが太信号の職員ではなくBが使役してきたものであることから、正当な指揮監督関係を認めえないことによるように思われる。

他方において、船長Aについては、灯火取締りに関する直接管理者Bがいることに注目し、「指揮監督を懈怠した点に対する行政上の過失があるに過ぎない」とした。ただ、Aの指揮監督過失が行政上の過失に過ぎないとした点については、若干の疑問が残る。たしかに、判例は、ホテルの経営にあたり、代表理事がおり、会社の実質的な責任者として業務の全般を総括する専務もいて、その下に、常務、支配人、営業部長などが所管部署の業務を分担しており、また消防法所定の防火管理者まで選定し申告した場合であれば、ホテルの業務に関わっていない会長には、「会社の職員に対する一般的・抽象的指揮監督責任はあるものの、具体的かつ直接的な注意義務はない<sup>6</sup>」として、その指揮監督義務を制限している。しかし、このホテルの事案の場合、会長は特に営業には関わらず（実質的に会社の運営をするのは代表理事や専務であった）、当時の会長の立場における業務上の性格などから指揮監督義務が否定されたのであった。これに対し、本事件でのAは船長であり、船長は船舶の安全や船員の管理

---

<sup>5</sup> 신동운「판례스터디(9) 과실범의 공동정범 부정례」고시연구第22卷4号（1995. 4）150頁。

<sup>6</sup> 大法院1986年7月22日 85도108判決。

に対する包括かつ絶対的な権限を有しており、船舶共同体の総責任者であるため、指揮管理義務の範囲がより広く認められるべきものとも思われるからである<sup>7</sup>。この点に関し、신동운(申東雲<sup>シンドンウン</sup>)は、本件太信号のような大型船舶（135t船舶）の運航には、多層的な指揮監督体制の確立を必要とするので、大法院がこのようなことを考慮し、船長の指揮管理義務を制限的に判断したのではないかという評価をしている<sup>8</sup>。

次に、本判決の最も重要な論点である、過失の共同正犯に関する部分を見ると、本判決は過失犯の共同正犯概念自体を否定した唯一の判例である。大法院は、上記のように、船長Aに業務上失火罪の注意義務違反は認められないとし（業務上失火罪に対する直接過失は否定し）、次に、AとBとの間に業務上失火罪の共同正犯が成立し得るかどうかを検討した。ここで大法院は、「過失においては、意思連絡の観念を論じることができないため、故意犯の場合のような共同正犯」は成立し得ないとした。このように、本判決は、「『過失犯』には、共同正犯の概念が適用できない」としたものであり、刑法30条の共同正犯は故意犯に限ると述べたものである。また、「過失犯に教唆・幫助も成立し得ない」とし、過失犯における教唆・幫助も否定している。

本判決は、韓国刑法が制定された1953年の3年後の1956年の判決であり、過失犯には共同正犯の概念が適用できないと明言した点で意味がある。ただし、本判決は正面からAとBの過失犯の共同正犯の成否を検討したものではない。具体的事案において、AとBとの間に失火に関する意思連絡の行為が存在して

---

<sup>7</sup> 신동운・前掲注(5) 151頁。

<sup>8</sup> 신동운・前掲注(5) 151頁以下。

いるのかなどは明確でなく、その点の検討も行われなかった。意思連絡の有無は、本件事案解決において特に必要な争点でないとされたためであろう。そこで、この事案は、AとBとの間で過失犯の共同正犯の成立を問題とする必要のない事案であったともいえ、過失犯の共同正犯の問題について先例的価値のある判例であるのかどうかについては多大の疑問がある。とはいえ、本判例は、①韓国刑法下で過失の共同正犯に言及した最初のものである点、また、②この判例が過失犯の共同正犯を否定した根拠は「過失犯においては意思連絡がない」ということであるので、もし過失犯において意思連絡を論証できるのであれば過失の共同正犯が成立し得るという結論に至り得ることから、意思連絡の重要性を示唆した点などで意味があると考えられる。

### 第3章 過失犯の共同正犯に関する判例の変化

---大法院1962年3月29日判決

#### 第1節 事案の概要

被告人（荷主）は、Aの運転する貨物トラックに、山出しのままの材木を搬出認定書がないのに積載し、目的地へ向かう途中、Aに対し警察支署や検問所の前を通ることになったら、停車せずに通過しようと言った。当日23時頃、検問所を通過しなければならないこととなり、当検問所の警官Bの停止信号を見たAが、停車のために検問所の35m前の地点から減速し、警官Cがトラックの方に近づくことを見た被告人は、「いや、このまま行こう」と言い出した。ここで、Aは無免許運転の取締りを回避するため、そして被告人は不法に伐採した

ものの取り締まりを回避するため、警官Bが道路の左側から横断し右側の運転席に接近するときに、突然トラックを加速疾走させ、逃避を図ろうとしたが、Bはトラックのドアの足踏み場に乗って同車の疾走を制止しようとした。Aがトラックを止めず疾走した結果、Bは検問所から約150mの地点で転落し、同車に轢かれ死亡した。

## 第2節 裁判の経過

検察官は、死亡の結果に関する直接原因提供者であるトラックの運転手Aとともに、被告人を業務上過失致死罪の共同正犯として起訴した。第1審は、被告人とAの両人に業務上過失致死罪を認め、被告人に禁固6か月の刑を言い渡した。被告人は控訴し、第2審では、「…(省略)…過失犯において運転手または助手ではない被告人を共同正犯として起訴したこと自体が不当であるだけでなく…(省略)…被告人に過失または認識ある過失さえ認められないため…本件…は犯罪にならない、または犯罪の証明がない<sup>9</sup>」とし、無罪とした。検察側は、「運転手または助手ではない被告人を共同正犯として起訴した自体が不当である」とした原審の判断に対し、「被告人に業務に関する身分がないとしても、共犯（共同正犯）として業務上過失致死の刑事責任がある」とし、上告した。

---

<sup>9</sup> ソウル高等法院 1961年7月3日 자4294형공1085決定。

### 第3節 大法院の判旨

大法院<sup>10</sup>は、「刑法第30条に『共同して罪を犯したとき』の『罪』は故意犯か過失犯かを問わないと解釈しなければならない。よって、共同正犯の主観的要件たる共同の意思も、故意を共同とする意思であることを必要とせず、故意行為であれ過失行為であれ、その行為を共同する意思であれば足りると解釈しなければならないので、2人以上の者がある過失行為を互いの意思連絡の下で行い犯罪の結果を発生させたのであれば、過失犯の共同正犯が成立する」とし、「本件事故は、警官の検問に応じずトラックを疾走させることで惹起されたところ、第1審判決の各証拠を総合すれば、被告人は原審共同被告人と互いに意思連絡して警官の検問に応じず、トラックを疾走させたことを十分に認められるので」として、過失致死罪の共同正犯を認めた。

### 第4節 本判例の意義

本判決は、過失犯の共同正犯を認めた最初の判決である。学説は、本判決を、過失犯の共同正犯を否定した従来の見解から、過失犯の共同正犯を肯定する見解へと立場を変えた判決であると評価する<sup>11</sup>。そうすると、本判決は、大法院が過失犯に対する刑法30条の解釈に関する見解を変更した場合に該当するので、もともと全員合議体の決議<sup>12</sup>を通すべきであると考えられる。しかし、本判決

---

<sup>10</sup> 大法院 1962年3月29日 4294형상598判決。

<sup>11</sup> 전지연 「과실범의 공동정범」 형사법연구第13卷 (2000) 32頁。

<sup>12</sup> 法院組織法 第7条 【審査権の行使】 「①大法院の審判権は、大法官全員の3分の2以上の合

は、全員合議体の決議によるものではなかった。ここから、本判決と以前の1956年判決（以下、「太信号判決」という）との関係を理解する際に混乱が生じたという指摘がある<sup>13</sup>。이승호<sup>13</sup>は、この問題について、次の2つの考え方があり得るとして、その解決を試みた。まず、本判決が判例変更手続をとらなかったことを指摘する方法である。これは、太信号判決も、本判決も、過失犯の共同正犯に対する判例の公式的な見解を表明する判決であるとする理解を前提とする。そのため、大法院の判断が否定論から肯定論に変更されたのにもかかわらず、判例変更の手続を行わなかった本判決の過ちが批判されざるをえないことになる<sup>14</sup>。いま1つは、両判決は矛盾しないと理解するものである。すなわち、太信号判決は過失犯の共同正犯の成立可否に対する判例の公式的な見解ではないと理解すれば、太信号判決を過失犯の共同正犯の否定判例と見なければならぬ必要はなく、むしろ過失犯の共同正犯の成立に関する大法院の公式的な見解は、この判決（以下、「貨物トラック事件判決」という）において

---

議体で行われ、大法院長が裁判長になる。但し、大法院官3名以上で構成された部において、先に事件を審理して意見が一致した場合に限り、次の各号の場合を除き、その部において裁判することができる。

1. 命令、又は規則が憲法に違反されると認められる場合。
2. 命令、又は規則が法律に違反されると認められる場合。
3. 従来、大法院で判示した憲法・法律・命令、又は規則の解釈適用に関する意見を変更する必要があると認められる場合。
4. 部で裁判することが適當ではないと認められる場合。」

<sup>13</sup> 이승호 「과실범의 공동정범에 관한 판례의 검토와 학설의 정립」 형사법연구第23卷2号 (2011) 157頁。

<sup>14</sup> このような見解としては、허일태 「과실범의 공동정범에 대한 대법원판례의 변천」 동아법학第25号 (1999) 187頁がある。



はじめて表明されたと解するのである<sup>15</sup>。

私見は、上記のところで述べたとおり、太信号判決を過失犯の共同正犯を正面から検討した判決ではないと考えており、そこで、後者のような理解が妥当であると解する。

なお、補足ではあるが、判例が過失犯の共同正犯を肯定する見解へと転じたのは、日本のメタノール事件<sup>16</sup>の判例の影響を受けたことによると評価する見解もある<sup>17</sup>。たしかに、本判決は、一見、日本のメタノール事件判決と類似する部分がある。日本において、メタノール事件を契機に議論された、(1) 過失犯にも共同正犯が認められるか、(2) 判例は変更されたのかという問題<sup>18</sup>は、それぞれ本件においても同様に論じられたのは上記のとおりである。そのうちの(2)について、メタノール事件判決の場合、過失犯の共同正犯を否定する従来の大審院の判例を変更したものと見られるが、本判決は、(旧) 有毒飲食物等取締令(1条・4条1項後段)違反に対する1つの個別的・具体的判断にすぎないと解する見解がある<sup>19</sup>。このように考えると、過失結果犯の典型である過失致死傷罪について最高裁がどのような見解を採用しているかは必ずしも明らかではないということになるのである<sup>20</sup>。一方、本判例は、——従来の判決が過失犯の共同正犯を正面から検討したものとはいえないため——、過失犯の共同正犯の成立に関する大法院の公式的な見解を明示した最初の判決といえ

---

<sup>15</sup> 이승호・前掲注(13) 157-158頁。

<sup>16</sup> 最判昭和28・1・23 刑集7巻1号30頁。

<sup>17</sup> 김일수『한국형법Ⅱ』〔총론下〕(1997) 284頁。

<sup>18</sup> 下村康正「過失犯の共同正犯と同時犯」警察研究第46巻第8号(1975) 4頁。

<sup>19</sup> 下村・前掲注(18) 4頁, 内海朋子『過失共同正犯について』(2013) 12頁を参照。

<sup>20</sup> 曾根威彦『刑法原論』(2016) 584頁。

る点で、日本におけるメタノール事件判決とは大きな相違がある。さらに、メタノール事件は、被告人らがともに有毒な液体を販売したと見られるから（過失挙動犯）、過失結果犯についての典型的事例とはいえないのに対し<sup>21</sup>、本事件は、業務上過失致死罪に関する共同正犯を認めている点で大きく異なるのである。とはいえ、メタノール事件において、日本の最高裁が行為者間の「その意思を連絡して」行った行為から過失犯の共同正犯を認めた点は、韓国の判例にとっても重要な意味を持ったと考えられる。

#### **第4章 過失犯の共同正犯に関する判例---1970年代から1990年代の判例を中心として**

1970年代から1990年代までの事案の中で、大法院が過失犯の共同正犯を認めたのは全部で6件あり、そのうち5件が運転者と同乗者に関する判例である。運転による過失事故の場合、運転者に過失責任を問うことには特に問題がないと思われるが、実際に運転をしていない同乗者にまで運転者と同様の過失責任を問うことが正当なのかについては疑問が生じ得るであろう。多く場合、同乗者は、運転行為を同時に行う者ではなく、危険を回避するため交替で運転を行う者でもない。また、共同の注意義務があるともいえない。それにもかかわらず、韓国の大法院が、運転者と同乗者との間に過失犯の共同正犯を認めた根拠はいかなるものであるか。

以下においては、過失犯の共同正犯に関する判例の全般的な傾向を把握するために、過失犯の共同正犯に関する判例を、事案の概要と判旨を中心として整

---

<sup>21</sup> 曾根・前掲注(20) 584頁。

理することにしよう。

## **第1節 未熟運転による事故（大法院 1974年7月23日 74㊦778判決）**

### **第1項 事案の概要**

被告人は、運転中、急に頭痛と寒気を感じ正常な運転ができない状況に陥った。そこで、助手席に同乗していた本件車両の所有者であるAが自ら運転を代わろうとしたので（当時、運転免許が停止された状況であった）Aと運転を交代した。しかし、その後、Aの不注意な運転で通行人を轢き、傷害を負わせたという事案である。

### **第2項 大法院の判決要旨**

本件では、体調不良の被告人がAの運転を放置したことにつき過失犯の共同正犯が認められるかが問題となった。原審は、被告人がAの無免許運転を放置した行為と本件事故による傷害の結果発生との間には、他の特別の事情がない限り、因果関係がないとした。大法院は、「雨後の道路の滑りやすさに備えさせたり、下り坂における運転上の注意義務を教示しなかったりしたことが、Aの運転上の過失行為につき被告人との相互間の意思連絡があるとすることはできず、被告人が上記のような場合にAに運転行為を阻止しなかった原因行為がAの運転上の不注意による本件結果発生にまで及ぶこともない」とし、過失犯の共同正犯を否定した。

## 第2節 給食用のパンの腐敗による食中毒事故

(大法院 1978年9月26日 78㉔2082判決)

### 第1項 事案の概要

本件事故は、小学校に給食用クリームパンを製造して仕入れを担当してきた食品会社のクリームパンを食べた、52校・7872名の小学生たちが集団食中毒にかかり、その中から、死亡者も出たというものであった。本件事故の原因は、給食用のクリームパンのクリームは、すぐ変質するため、前日に製造したものを翌日までに提供することを原則としていたが、出庫過程の過ちで、14日に製造したパンを16日に供給したことであった。本件事故で、食品会社の代表、生産課長、販売課長と工場長が、「保健犯罪取締りに関する特別措置法」違反と業務上過失致死傷罪の共同正犯として起訴された（「保健犯罪取締りに関する特別措置法」違反については無罪となった）。

### 第2項 大法院の判決要旨

第2審<sup>22</sup>で、販売課長は、本件事故の原因たるクリームパンの製造過程に関与したことがなく、自分の業務は製造されたパンの配達であったと主張した。また、弁護人は、被告人らの過失と死亡の間の相当因果関係が明確ではないとし、また、被告人らを過失犯の共同正犯とするのは妥当ではない、と主張した。これに対して、大法院は、被告人らの過失と本件被害者らの死傷の結果には相当因果関係があるとし、また「被告人は相被告人らと判示のように、その意思連

---

<sup>22</sup> ソウル高等法院1978年7月5日 78㉔477判決。

絡の下で、そのような過失を犯して犯罪たる結果を発生させたのであるから、ここには過失犯の共同正犯が成立する」としたのであった。

### 第3節 運転兵の飲酒運転（大法院 1979年8月21日 79도1249判決）

#### 第1項 事案の概要

被告人は、運転兵の運転する車両で軍隊に帰る途中、運転兵を連れて居酒屋で一緒に飲酒し、運転兵の運転する車に搭乗して軍隊に帰る際に、飲酒により判断力が落ちた運転兵が前後左右を確認せずに後進したことで、後ろに停車していた車に衝突し、その後も自転車と車に次々衝突し破損させ、また軍用物たる本件車両を破損させた。原審<sup>23</sup>は、「本件事故は、運転兵の飲酒運転行為から惹起されたことが明らかであり、被告人は運転兵の安全運行を監督すべき搭乗者として、継続して運転をする運転兵が飲酒をしようとすれば、これを積極的に阻止するだけではなく、もし飲酒した場合には、同人が安全運行ができる程度の覚醒状態に至るまで運転をしないように阻止しなければならない注意義務があるにもかかわらず、飲酒運行に対してこれを停止しなかった行為は、本件過失行為たる飲酒運行に対して相互意思を相通したといえるし、また、被告人の運転兵の飲酒行為ないし飲酒運行を阻止しなかった行為と本件事故発生との間には因果関係があるので、被告人は本件道路交通法違反罪及び業務上過失軍用物損害罪<sup>24</sup>の共同正犯である」（下線は筆者）とし、運転兵と搭乗者との間

---

<sup>23</sup> 陸軍高等軍法会議 1979年4月10日 79고군형항53判決。

<sup>24</sup> 軍刑法第69条【軍用施設などの損壊】「第66条に規定された物件、又は、軍用に供する鉄

に共同正犯を認めた。

## 第2項 大法院の判決要旨

大法院は、「刑法30条に『共同して罪を犯したとき』の『罪』とは、故意犯か過失犯かを問わないので、2人以上の者がある過失行為を互いの意思連絡の下で行って、犯罪たる結果を発生させたのであれば、そこには過失犯の共同正犯が成立するといえるので、原審がこのような趣旨で被告人を過失犯の共同正犯としたのは妥当である」とし、原審判決を支持した。

## 第4節 列車衝突事故（大法院 1982年6月8日 82㉔781判決）

### 第1項 事案の概要

ソウル行き特急列車（116号特急列車）は、予定時間より8分遅れで慶山<sup>キョンサン</sup>駅を通過し目的地に向かっている途中、踏切場に捨てられたバイクに衝突し停車した後、事故現場を收拾するために列車を退行させる際に、本特急列車の2分後に出発した普通急行列車（302号普通急行列車）と衝突し56名が死亡し、266名が傷害を負うという事故が起こった。本件事故の原因は、116号特急列車がバイクに衝突した1次事故が生じた後、これを確認する過程で、正機関士と副機

---

道、電線、その他の施設や物件を損害、又はその他の方法でその効用を害した者は、無期又は2年以上懲役に処する。」

軍刑法第73条【過失犯】「①過失により第66条ないし第71条の罪を犯した者は5年以下の懲役に処する。②業務上過失、又は重過失により前項の罪を犯した者は7年以下の懲役に処する。」

関士が話し合い、統制室に報告を行わなかったことであり、当時の状況を認識し得なかった302号普通急行列車の進行で2次の大型事故が発生したのである（なお、事故当時302号普通急行列車の運転士には、安全信号を確認せずに加速した過失で禁固5年の刑が渡された）。本件事故で、116号特急列車の正機関士と副機関士、そして専務車掌、302号普通急行列車の機関士が、業務上自動車転覆罪と業務上過失致死傷罪で起訴され、バイクの運転手が業務上過失自動車交通妨害で起訴された<sup>25</sup>。

## 第2項 大法院の判決要旨

本件事故で過失犯の共同正犯が議論されたのは、116号特急列車の退行に関する点に関する過失責任であった。大法院は、過失犯の共同正犯に対する116号特急列車の副機関士の上告に対し、「本事故116号列車の退行には、被告人も原審相被告（正機関士、専務車掌<sup>26</sup>）人と相論同意し…（省略）…被告人が正機関士の指揮監督下の副機関士ではあるが、このように上記の列車の退行に関して相論同意した以上、これに過失があるのであれば、過失責任を免れることができない」とし、過失犯の共同正犯の成立を認めた。

---

<sup>25</sup> バイクの運転士が起訴されたことは、当時のマスコミにより報道された（동아일보, 1981年5月16日1頁, 매일경제 1981年5月16日11頁）。ただ、本件事故の1審判決が公開されていないので、バイクの運転士に対する適用法条は明確ではない。

<sup>26</sup> 116号特急列車の専務車掌は、列車の退行時には、列車から下車し手信号で進入する列車に注意を喚起させなければならない注意義務があるにもかかわらず、これを怠った過失が認められた。

## 第5節 運転教習事故（大法院 1984年3月13日 82도3136判決）

### 第1項 原審の判決要旨

運転者の運転行為を見て、間違っただ部分があつたらそれを指摘し、矯正する目的で助手席に同乗した者と運転者との間の過失責任に関し原審は、「本件車両の運転者たるAの依頼に応じて当該車両の助手席に同乗したのは、Aの車両運転行為を見て、間違っただ部分があつたらそれを指摘し、矯正する目的であるだけに、被告人が自ら主導的な地位で同車両を運行する意図があつたとか、あるいは実際そのような運行を行つたとはいえず、他に被告人がその車両の運転者であつたり、専門的な運転教習者が被運転教習者をして運転機器を操作させるが、教習者自身が一々当該車両の運行に関する全てを指揮し、被教習者はその指示に従い機械的に動くだけで、車両運行の主導的な責任が教習者自身に帰属する場合のような間接正犯の地位であつたとも認められない」とし、同乗者に無罪を言い渡した。

### 第2項 大法院の判決要旨

原審に対する検察側の上告に対して大法院は、「被告人に対する起訴状によると、被告人の過失を説示しているだけで、Aの過失に対する共同正犯としての説示の部分が全くなく、適用法条においても、交通事故処理特例法第3条1項のみを適用しているだけで、刑法30条の記載もなく、一件記録によつても検事が被告人をAの共同正犯として起訴したと認められるような何の資料も見当たらない本件において、被告人の犯罪事実に対する適用法条に刑法30条の適用がないとしても、職権で同法条を適用しなければならず、また被告人を同法第33



条<sup>27</sup>を適用して、Aの共同正犯として処罰されなければならないという論旨は独断として採用できない」とし、過失の共同正犯を否定した。

## 第6節 運転兵の運転未熟事故（大法院 1986年5月27日 85도2483判決）

### 第1項 事案の概要

運転兵が先任搭乗者<sup>28</sup>たる被告人の指示に従い、線路を無断横断する際に、運転兵の運転が未熟で前輪が線路上の排水路に陥ることで、線路にはみ出した車両の一部が、その時間（本件事故時間）に事故場所を通過する列車と衝突し車両の一部が破損した事案である。本事案についての第2審判決<sup>29</sup>は、「刑法第30条の過失犯の共同正犯は、2人以上がある過失行為を相互の意思連絡の下にその過失の競合が共同して行われた場合に限り成立し、本件車両運転兵が軍用車両を運転して本事故場所を無事に通過した後、軍隊に帰る途中、自らの運転不注意により線路の排水路の上に車両のタイヤが陥ることとなり、その際に事故場所を通過する貨物列車と衝突し本件事故が発生したことが認められるので、仮に原審判示事実のように被告人が運転兵に本件鉄路を無断横断するように指示し、運転兵がこれに従いその場所を通過した事実が認められるとしても、無

---

<sup>27</sup> 刑法第33条【共犯と身分】「身分関係により成立される犯罪に加功した行為は、身分関係のない者にも前3条の規定を適用する。但し、身分関係により刑の軽重がある場合には重な刑として罰しない。」

<sup>28</sup> 車両のように人が搭乗するものを公務の目的で使う際に、責任者として一緒に搭乗する者をいう。

<sup>29</sup> 陸軍高等軍法会議 1985年9月19日 85항191判決。

断横断行為自体が鉄道法違反とならないことからみて、これを指示したことにおいて被告人の所為が本件結果に対する原因行為となった、あるいは、被告人がその結果を容易に予見できたとは思えないため、被告人の先任搭乗者としての安全運行を監督すべき義務を懈怠した責任を問うことは別論としても、被告人と運転兵の間に不注意運行に対する相互の意思連絡や本件結果に直接繋がるその他の原因行為を相互共同した事実は認められない」（下線は筆者）とし、過失犯の共同正犯を否定した。

## 第2項 大法院の判決要旨

過失の共同正犯に関して大法院は、「損壊の結果が被告人が事故地点を横断するように指示した過失によるものであるとはいえ、被告人が運転兵を指揮監督すべき責任のある先任搭乗者であるとはいえ、その点だけでは直ちに被告人にも損壊の結果に対する共同過失があると断定することはできない」（下線は筆者）とし、過失犯の共同正犯を否定した。

## 第5章 過失犯の共同正犯に関する判例---1990年代以降の判例を中心として

判例は、1994年に、手抜き工事によるマンションの崩壊事故について、建物の設計や施工などの担当者に過失犯の共同正犯を認めて以来、過失犯による大規模事故で、過失犯の共同正犯を肯定してきている。建物の崩壊や、道路の陥没、コンサート場での圧死事故などは、さまざまな行為者による複数の過失が、重疊的に競合することにより発生することが多いので、個人個人の刑事責任の範囲を確定することがきわめて困難である。以下では、韓国の判例が、過失による大規模事故において、どのような根拠と要件で過失犯の共同正犯を認めてきたのかを紹介することとしたい。また、事案の複雑さなどから、起訴された被告人が25名にいたることもあり、起訴された被告人らについては、これを表にして整理することにする。

### 第1節 マンションの崩壊事故（大法院 1994年3月22日 94도35判決）

#### 第1項 事案の概要

地下1階、地上5階規模の住商複合ビル（以下、本件マンションという）に原因不明の火災が発生し、これにより建物の中心部の柱が燃え、安全性の低下により崩壊することにより、周りの4個の柱が同時に連鎖して崩壊し、ひいてはマンション全体が崩壊した。本件事故により、28名が死亡し、48名が負傷した。本件事故の原因は火災であったが、根本的な原因は手抜き工事による建物の構

造的な問題にあった<sup>30</sup>。当該建物の建設当時の資金難による無理な設計変更や増築，不良な建築資材の使用，手抜き施工などが問題となったのである。本件事故に関しては，マンションの施工を担当したA総合市場株式会社（以下，A社）の共同代表理事，専務理事，設計・管理者と，建設業免許のないA社が本件マンションの施工会社に選定されるように名義を貸した（建築・土木総合免状を有する）B社の常務理事，本件マンションの警備員と本件マンションの商店街の会長が業務上過失致死傷罪の共同正犯として起訴され，また，<sup>チョンジョ</sup>清州消防署の公務員が虚偽公文書作成罪及び同行使罪で起訴された。

## 第2項 裁判の経過

検察側が起訴した8人の公訴事実の要旨を表にして整理すると，以下の

【表①】のとおりである。

---

<sup>30</sup> 事故発生当時のマスコミなどは，本件事故に関して，火災を基点とするLPGガスが爆発により本件建物が崩壊されたと報道した（1993年1月8日 한겨레1頁）。しかし，韓国火災保険協会の危険管理情報センターの調査結果では，本件事故でLPGガスの爆発はなかったとされており，ガス爆発のない建物の崩壊はほとんど前例のないことであり，これは，本件事故マンションの構造上の欠陥が本件崩壊の主な原因となったことを明らかとするものであるとした（이천현(外)『다중인명피해 안전사고에 대한 형사정책적 대응방안 연구〔한국정책연구원 연구총서〕』〔2015〕570頁）。本件事故の第1審から上告審までの判決文に，ガス爆発に関する内容は記載されていなかったため，ここでは，ガス爆発は事実関係で扱わないこととする。

【表①】 マンションの崩壊事故における公訴要旨

		肩書き	[罪名] 公訴事実の要旨
請負契約 (施工)	1	A社の共同代表	[業務上過失致死傷罪] ・設計=施工上の過失
	2	A社専務理事	[業務上過失致死傷罪] ・設計=施工上の過失
	3	A社設計管理者	[業務上過失致死傷罪] ・施工上の過失
	4	B社常務理事 ⇒上告審で無罪	[業務上過失致死傷罪] ・無資格者に名義を貸したこと ・工事の指導監督を怠ったこと
	5	Aマンションの 警備員 ⇒無罪	[業務上過失致死傷罪] ・安全施設管理を怠ったこと ・火災の早期発見と拡散防止のための措置を採らなかったこと
	6	マンションの 商店街の会長 ⇒無罪	[業務上過失致死傷罪] ・消防施設の管理や安全措置を採るように指揮・監督する注意義務を懈怠
公務員	7	公務員	[虚偽公文書作成及び同行使罪] ・消防施設点検を怠ったこと ・火災予防教育などが行われていないにもかかわらず、虚偽の文書を作成し提出したこと
	8	公務員	[虚偽公文書作成及び同行使罪] ・消防施設点検を怠ったこと ・火災予防教育などが行われていないにもかかわらず、虚偽の文書を作成し提出したこと

第1審は、本件マンションの商店街の会長<sup>31</sup>と本件マンションの警備員に対して、「そのような過失と、手抜き工事による本件建物崩壊による多数の死傷者の発生という結果の間に相当因果関係があるといえず、被告人としては、10年前に手抜き工事で建てられた建築物で原因不明の火災が発生して、1時間以上鎮火に努めたが崩壊して多数の死傷者が発生することを予見し回避できるといえない」とし、無罪判決を下した。その他、A社の共同代表理事、専務理事、設計・監理者<sup>32</sup>と、建設業免状のないA社が本件マンションの施工会社と選定されるように名義を貸した（建築・土木総合免状を有する）B社の常務理事<sup>33</sup>には業務上過失致死傷罪の共同正犯が、清州消防署の公務員2名に虚偽公文書作成及び同行使罪の共同正犯の成立が認められた。第2審で、A社の共同代表理事と専務理事業務の弁護人は、業務上過失致死傷罪の公訴時効が過ぎたことを主張したが、第2審は「業務上過失致死傷罪については、5年が経過することで公訴時効が完成し（刑事訴訟法第249条第1号）、公訴時効は犯罪行為が終了

---

<sup>31</sup> 第1審法院は、マンションの商店街の会長に対して、放火管理や警備員の指揮監督に関する注意義務がないとしたが、仮に注意義務違反があったとしても、本件事故とは因果関係がないとした。

<sup>32</sup> 建築関連事故で使われる「監理者」と「（維持・）管理者」との用語の混乱を避けるために、ここで両者の相違を整理しておくこととする。まず、「監理者」とは、自己の責任で（補助者の補助を受ける場合を含む）建築物、建築設備、または工作物が設計図書の内容どおりに施工されているのかなどを確認し、品質管理・工事監理・安全管理に対して指導・監督する者である（韓国「建築法」2条の15）。すなわち、日本における建築士法2条の8（その者の責任において、工事を設計図書と照合し、それが設計図書のとおりを実施されているかいないかを確認すること）を行う者がこれに該当する。一方、「管理者」は、使用が承認された敷地・構造・設備及び用途などを持続的に維持するために建物が滅失するまで管理する者である（韓国「建築法」2条の16の2）。

<sup>33</sup> B社の常務理事は、建設免許の不法貸与だけではなく、実際本件建物の施工の段階にも関与したことが明らかとなった。

したときから進行すること（同法第252条第1号）は弁護人の主張するとおりであるが、結果犯の場合、犯罪行為が終了したときとは、犯罪行為により結果が発生したときを意味すると見なければならないので、本事件の場合建物が崩壊し、被害者が死傷に至った1993年1月7日から5年間の公訴時効が進行する」とした。

### 第3項 大法院の判決要旨

大法院は、A社の共同代表理事<sup>34</sup>と設計・監理者<sup>35</sup>に対して、「刑法第30条所定の『2人以上が共同して罪を犯したとき』の『罪』には、故意犯だけではなく過失犯も含まれるのであり、本件の場合、被告人〔A社の共同代表理事:筆者注〕と公訴外の甲及び原審共同被告人〔設計・監理者:筆者注〕らは、それぞれが協力して本件建物を安全かつ丈夫に建築しなければならない注意義務があるのみならず、互い意思を連絡して本件建物を建築したので、被告人らの間に刑法第30条所定の共同正犯関係が成立する」とし、業務上過失致死傷罪の共同

---

<sup>34</sup> A会社の共同代表理事は、「建築主として、このような大規模の複合建物たるマンションを新築するためには、一般建設免許を持っている建設会社を施工者として選定し建設技術者を建設現場に常駐させ、徹底的な技術監督下で諸般施工を行うことにより、安全かつ丈夫な建物を建築し手抜き工事による建物の崩壊を未然に防止する業務上注意義務があるにもかかわらず、工事費などを節減のために直接施工をすることとし、A総合市場株式会社を設立して甲（共同代表の一人たる甲は、本件事件後逃走し、身柄を押さえられなかったため、公訴外となった:筆者注）と一緒に共同代表理事として就任し…（省略）…実際の新築工事においては、建設技術者を常駐させず、何の建設技術者資格も持っていない人夫らにてコンクリートの打設工事及び鉄筋の背筋工事を任せ、施工過程を監督していな」い、過失が認められた。

<sup>35</sup> 設計・監理者設計士は、設計おとび監理業務上の注意義務違反が認められた。

正犯を認めた。

他方において、第1審と第2審で有罪となったA社の専務理事について、大法院は、「被告人は、共同代表理事らを補佐して、主に役所や銀行に関する業務を担当しながら、簡単な資材の買取、工事現場まで資材がきちんと届くのか、人夫が怠けたり資材を捨てることはないのかなどを確認する程度で関わっただけで、鉄筋コンクリート工事を施工する下請人の選定や鉄筋セメントなどの売買には関与していないことはもちろん、建築工事に関する専門的な知識がないため、セメント、砂、砂利などが適当に配合されて柱や梁などのコンクリート打設工事がきちんと施工されているのか、柱、梁、スラブなどの施工に関する鉄筋がきちんと配置されているのかなどに関しては直接かつ具体的に指揮監督しなかった事実…(省略)…本件建物の新築工事の全般に関して総括的に業務を執行したとしても、コンクリート打設工事や鉄筋工事などの建設技術部門まで具体的に指揮監督する権限と責任があると断定できないことはもちろん、その工事が粗雑で手抜き施工であることを認識したあるいは認識し得たともいえず、…(省略)…上記被告人がコンクリート打設工事や鉄筋工事が粗雑で手抜きに施工されたことにより、本件建物が崩壊し人が死傷に至ることを予見あるいは予見できたと認められない」とし、無罪を言い渡した。



## 第2節 トンネル掘削工事中の爆発事故

(大法院 1994年5月24日 94도660判決)

### 第1項 事案の概要

ソウルを出発した釜山行き列車が 勿禁駅を通過して、約85kmで運行している際に、線路の路線が沈下していることを100m前で気づき、非常制動をかけたが間に合わず、合計4両が脱線・転覆し78名が死亡し、198名が負傷した。事故の現場は、電線地中化作業の一環でトンネル掘削工事を行う際に、線路の位置を誤って把握したまま発破作業を行い、その影響で路盤が長さ30m、幅23m、深さ9mほどが埋没した状況であった。

本件の原因となった工事は、韓国電力公社がA総合建設と請負契約を締結し、この契約の事後管理を地中化作業所にまかせた。地中化作業所長は、職制により、上記の工事施行などを地中化作業所釜山支所にまかせ、釜山支所長にて釜山市長に都市計画事業施行許可申請をさせる一方、B技術公団に本件工事に対する施工管理工役をまかせた。A総合建設は、工事の着工後、本件工事の一部区間を、A総合建設の管理監督下で専門建設会社たるC建設産業が施工する形で下請けに出した。C建設産業は、穿孔及び発破担当者（＝「被告人9」〔下記【表②】を参照〕）に再下請負に出した。本件工事は、工事の進行中、地質などの諸般事情により設計変更が行われた。設計変更後、最初は人力掘削により工事を進めたが、岩質がよくなってきたので、1日で1、2回の発破をしながら掘削を行い、事故当日には切り場に至ったのである。上記のような工事が進行される間、設計が変更された事実はA総合建設の一部にしか報告されず、釜山支所長にも報告されてなかった。また、B技術公団の管理担当者は、工事の

進行が原設計図と異なっているということで計測を行わず、管理日誌も虚偽作成した。本件事故当日、装薬のために岩盤に穿孔する際に、異常兆候がみられたので、「被告人10」が「被告人9」にこれを報告したが、「被告人9」が特に何も言わなかったため、大したことではないと判断し、そのまま発破を行ったが、その衝撃により本件事故の原因となる埋没が生じたのであった。本件に関して15名が業務上過失致死傷罪・業務上過失自動車転覆罪の共同正犯として起訴された。

## 第2項 裁判の経過

検察側の公訴事実とその罪名を表にして整理してみると【表②】のとおりである。

【表②】 トンネル掘削工事中の爆発事故に関する公訴要旨

		肩書き	[罪名] 公訴事実の要旨
請負契約 (施工)	1	A総合建設 代表	[業務上過失致死傷罪・業務上過失自動車転覆罪] ・工事現場の施工，管理業務を懈怠した点 ⇒具体的・直接的な注意義務がないため「無罪」
	2	A総合建設 土木事業本部長	[業務上過失致死傷罪・業務上過失自動車転覆罪] ⇒第1審「有罪」→第2審「無罪」
	3	A総合建設 土木理事	[業務上過失致死傷罪・業務上過失自動車転覆罪] ⇒第1審「有罪」→第2審「無罪」
	4	A総合建設 現場所長	[業務上過失致死傷罪・業務上過失自動車転覆罪] ・地質調査や発破振動などを測定せず，NATM <sup>36</sup> 工法

<sup>36</sup> NATM (New Austrian Tunneling Method:ナトム) 工法とは、発破・掘削した部分を

			<p>を強行した点</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・火薬類の管理保安責任者ではない者が、設計図面上の発破パターンを無視して発破作業を行うことを認識しながらこれを阻止しなかった点</li> </ul>
	5	A総合建設 工事課長	<p>[業務上過失致死傷罪・業務上過失自動車転覆罪]</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・地質調査や発破振動などを測定せず、NATM工法を強行した点</li> <li>・火薬類の管理保安責任者ではない者が、設計図面上の発破パターンを無視して発破作業を行うことを認識しながらこれを阻止しなかった点</li> </ul>
A総合建設から下請負	6	B建設産業 社長	<p>[業務上過失致死傷罪・業務上過失自動車転覆罪]</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・地質調査なしで設計変更を行ったことを認識したので、A総合建設に安全な施工方法を講じることを要求したり、自ら安全対策を設けなければならないのにこれを懈怠した点</li> <li>・現場の実務者に対する指揮・監督を怠ったこと</li> </ul> <p>⇒第1審「有罪」→第2審「無罪」</p>
	7	B建設産業 現場所長	<p>[業務上過失致死傷罪・業務上過失自動車転覆罪]</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・地質調査や発破振動などを測定せず、NATM工法を強行した点</li> <li>・火薬類の管理保安責任者ではない者が、設計図面上の発破パターンを無視して発破作業を行うことを認識しながらこれを阻止しなかった点</li> </ul>
	8	B建設産業 職員	<p>[業務上過失致死傷罪・業務上過失自動車転覆罪]</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・工事装備や人員に関する管理監督注意義務違反</li> </ul>
	9	穿孔及び発破業務 担当者	<p>[業務上過失致死傷罪・業務上過失自動車転覆罪]</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・発破途中で異常兆候があるという報告を受けたにも</li> </ul>

素早く吹き付けコンクリートで固め、ロックボルトを岩盤奥深くにまで打ち込みながらトンネルを掘進していく工法である。

			かかわらずこれを無視した点
	10	被告9に雇用	火薬類管理 保管責任者 〔業務上過失致死傷罪・業務上過失自動車転覆罪・ 銃砲，刀剣，火薬類などの取締法違反〕 ・安全上の管理監督業務を怠った点
	11		発破作業 作業班長 〔業務上過失致死傷罪・業務上過失自動車転覆罪〕 ・火薬類管理保管責任者でもないにもかかわらず，火 薬類の発破を行ったこと
発注	12	韓国電力公社 電線地中化作業所 所長 〔業務上過失致死傷罪・業務上過失自動車転覆罪〕 ・安全対策の樹立懈怠 ・管理・監督義務を懈怠 ⇒第1審「有罪」→第2審「無罪」	
事後管理	13	韓国電力公社 電線地中化作業所 釜山支所長 〔業務上過失致死傷罪・業務上過失自動車転覆罪〕 ・事後管理における過失	
	14	韓国電力公社 電線地中化作業所 土木1課長 〔業務上過失致死傷罪・業務上過失自動車転覆罪〕 ・事後管理における過失	
	15	韓国電力公社 電線地中化作業所 釜山支所職員 〔業務上過失致死傷罪・業務上過失自動車転覆罪〕 ・事後管理における過失	
管理	16	D技術公団 所属施工管理員 〔業務上過失致死傷罪・業務上過失自動車転覆罪〕 ・設計変更に関する報告未実施 ・発破時期に関して，関係者らの注意を喚起しなかつ た点	
法人	17	A総合建設 〔産業安全保健法違反〕	

第1審判決<sup>37</sup>は、A総合建設の代表に対して、A総合建設代表として土事業本部長など部下職員を指揮、監督する責任があるが、これは一般的で抽象的な責任にすぎず、業務上過失致死傷罪・業務上過失自動車転覆罪で要求される具体的かつ直接の注意義務があるとはいえないとして「無罪」を言い渡した<sup>38</sup>。第2審高等法院<sup>39</sup>も、「被告人は、対内的には短期経営計画の決定、新規投資事業の決定、資本金の増減、主要組織と人事に関する事項など経営上の重要な決定を遂行し、対外的には本会社を代表して重要会議の参加などを担当しているが、通常工事受注は営業本部の所管であり、いったん受注された後は人員及び装備の配置、細部的な工事計画の樹立、請負の選定などに関する大部分の事項を土木事業本部など各事業本部長が専決にて処理してきた事実が認められる。上記の認定事実を照らしてみると被告人が上記会社の代表理事であったとしても、同被告人には上記会社の職員に対する一般的、抽象的な指揮監督責任はあるものの、進んで本件事故現場に関して予め地質調査を実施させたり、地盤補強作業をさせたり計測を実施しながら発破作業をさせるなどの具体的かつ直接的な注意義務はない」（下線は筆者）とし、A総合建設の代表を無罪とした。また、実際に発破作業を遂行した、発破作業者作業班長については「被告人の本件工事現場での地位と権限、学識と経験程度…(省略)…本件事故は鉄路の下にあるV字型の岩盤構造を貫通しながら発生したのであり、発破自体の技術的な過ちにより発生したのではない点などに照らしてみると、①被告人が火薬類管理保安責任者の具体的な作業指示なしに発破作業を遂行したこと自体については、

---

<sup>37</sup> 釜山地方法院 1983年9月13日 93고합426判決。

<sup>38</sup> しかし、「産業安全保健法」違反については、有罪とした。

<sup>39</sup> 釜山高等法院 1994年1月24日 93ㄴ1395判決。

本件事故と相当因果関係のある過失とはいえ、②被告人としては、自己の事実上雇い主たる被告人〔「被告人9」：筆者注〕に切り場の状況を報告する以外にさらに別途の安全措置を講じる注意義務があるとはいえないとし、第1審判決・第2審判決ともに無罪を下した。

その他にも、第2審では、第1審で有罪が認められた人の中で、A総合建設の土木事業本部長、A総合建設の土木理事、B建設産業の社長、韓国電力公社の電線地中化作業所所長の4人に無罪が言い渡された。第2審法院の各被告人に対する無罪判断の内容を見ると、次の通りである。

(ア) 総合建設の土木事業本部長については、「A総合建設は…(省略)…土木事業本部は職能組織とプロジェクト組織を結合したいわゆるマトリックス組織を捉えており、40個の各現場は、行政事項に対しては支援担当理事の、施工事項に対しては担当P.M理事の指揮・監督を受けており、土木事業本部長は対内的には経営計画樹立と推進、組織と人事管掌、主要会議の出席、P.M理事を通じて報告される各現場を通じて報告される主要懸案の検討、対外的には受注活動、工事関係の工事出席などを担当している事実、本件工事現場の場合、A総合建設の安全管理規定による現場安全責任者、産業安全保健法の規定により労働部に申告した安全保健総括責任者は現場所長たる「被告人4」であり、…(省略)…被告人としては、たとえ土木事業本部の全てのことを統括していたとしても、直接的な指揮・監督を受けず、また、報告もされていない本件工事現場での右側線形変更に関して、地質の調査、施工方法、安全対策などの細部的な事項を一々検討して講じる具体的かつ直接的な注意義務はないというのが相当である」とした。

(イ) A総合建設の土木理事については、「被告人は、本件工事現場に対するP.M役員ではないので、施工事項に対する指揮・監督を行ってこなかったのであり、本件事故工事現場での右側線形変更に対して報告も受けていないのであれば、被告人としては…(省略)…具体的かつ直接的な注意義務はない」とした。

(ウ) B建設産業の社長については、「B建設は、釜山地域の土木工事請負順位2位の会社であり…(省略)…工事現場での施工方法など技術的な面は、本社の工事部長と現場所長にまかせてきたことを認められる…(省略)…被告人が実質的な経営者であっても、請負人たるA総合建設の管理、監督下で施工されており、共同被告人が現場所長としている本事件工事の進行に関して、右側線形変更による安全対策、計測の実施、発破パターンの確認など細部的な事項を点検してその対策を講じる注意義務はない」とした。

(エ) 韓国電力公社の電線地中化作業所長については、「本事件工事に関して、その施工及び対官許可<sup>40</sup>の業務推進が全て釜山支所に委任されており、…(省略)…、設計変更を指示して以降<sup>41</sup>、その直前に起きた大規模の崩落事故やその以降の右側線形変更に関して釜山支所から何の報告がなかったのであれば、被告人が、たとえ地中化作業所長として地中化作業所の全てのことを統括していたとしても、直接的な指揮、監督を行わず報告も

---

<sup>40</sup> 官庁を相手に許可などをもらう業務をいう。

<sup>41</sup> 当時、韓国電力公社の電線地中化作業所釜山支所長は、実務者との協議下で具体的な計画を立てて施工変更手続に従うという条件付きで、電線地中化作業所から指示された設計変更案とは異なる線形変更を承認した。

されていない請願施設規則による手続の未履行，本事件工事現場での右側線形変更に関する地質調査，計測の実施可否，施工方法，安全対策などの細部的な事項を一々検討して講じる具体的かつ直接の注意義務はない」とした。

### 第3項 大法院の判決要旨

大法院は，トンネルの掘削工事を請け負ったA総合建設の現場所長と，本工事を発注した韓国電力公社電線地中化作業所釜山支所長らの間における過失犯の共同正犯の問題について，「共同正犯は，故意犯か過失犯かを問わず，意思連絡のある場合なら成立し，2人以上が互いの意思連絡の下で過失行為を行い犯罪たる結果を発生させたのであれば，過失犯の共同正犯が成立する」とし，業務上過失致死傷罪，業務上過失汽車転覆罪の共同正犯が成立するとした。



### 第3節 三豊百貨店崩壊事故（大法院 1996年8月23日 96도1231判決）

#### 第1項 事案の概要

1995年、ソウルの三豊百貨店で、販売施設が入っている北側A棟建物の5階のフロアに亀裂が生じ、床スラブが崩れ落ちた後（17時52分頃）スラブを支えていた柱に過大な負荷がかかることで、連鎖的な崩壊現象が起き、一瞬で地下まで崩壊し（20秒程度で2棟が完全崩壊した）、500名以上の死亡者と900名以上の負傷者が発生した。本件建物は、高度制限地域で建てられたことなどから、空間を最大に活用するため、フラットスラブ（Flat Slab）構造<sup>42</sup>を採用した。本件事故の直接的原因は、本件建物の無断設計及び用途変更による追加荷重と設備工事で耐力壁などを除去するなど、手抜き工事と不適切な建物の構造設計などであった。本件事故に関しては、特定経済犯罪加重処罰に関する法律違反（業務上横領）、業務上過失致死、業務上過失致傷、賄賂罪などで25名が起訴された<sup>43</sup>。

---

<sup>42</sup> 鉄筋コンクリート造に梁を用いないで柱でスラブを支える構造で、鉛直荷重が大きく、スラブ下までの空間が利用できるというメリットがある。しかし、一つの柱の支持部分が崩壊される場合、その柱の荷重が隣の柱に移り、一瞬で建物全体の崩壊が生ずる可能性があるため、的確な設計・施工・維持管理が要求される。

<sup>43</sup> 当初の起訴段階では、本事件に未必的故意による殺人罪の適用が検討された。しかし、殺人の未必的故意が認められるためには（韓国の判例は「容認説」を採用している）、①客観的な崩壊危険の存在、②崩壊危険に対する認識、③崩壊結果に対する容認が必要となるが（이철현(外)・前掲注(30)579頁）、起訴の検討過程で、責任者らが建物の完全崩壊を予想し、それを容認する意思があったとはいえないとされ、未必的故意による殺人罪としての起訴は取りやめることとなった。

## 第2項 裁判の経過

検察側が起訴した25名の公訴事実要旨を表にして整理してみると、【表③】のとおりである。

【表③】三豊百貨店崩壊事故に関する公訴事実要旨

		肩書	〔罪名〕 公訴事実の要旨
	1	三豊建設代表取締役 兼三豊百貨店会長	〔業務上横領，業務上過失致死傷，賄賂供与〕 ・三豊百貨店の維持管理上の過失及び崩壊当日退避措置を採らなかった過失
	2	三豊百貨店代表取締役 役社長	〔業務上過失致死傷，賄賂供与〕 ・三豊百貨店の維持管理上の過失及び崩壊当日退避措置を採らなかった過失
	3	三豊百貨店会長施設 理事	〔業務上過失致死傷〕 ・退避の進言をしていなかった過失
	4	建築構造技術士	〔業務上過失致死傷〕 ・構造計算上の過失及び崩壊当日退避の進言をしていなかった過失
	5	S区役所住宅課 建築技士捕	〔収賄後否定処事，収賄〕 ・三豊建設専務から50万ウオンの賄賂收受 ・条件を満たしてなかったにもかかわらず，三豊建設に検査済書を交付した収賄後否定処事 <sup>44</sup>
	6	(前) S区役所住宅	〔否定処事後収賄〕

<sup>44</sup> 刑法第131条【収賄後否定処事，事後収賄】

「①公務員又は仲裁人が前2条の罪を犯して不正な行為を行ったときには1年以上の有期懲役に処する。

②公務員又は仲裁人がその職務上不正な行為を行った後，賄賂を授受，要求又は約束したり，第三者にもこれを供与させたり，供与を要求又は約束したときにも前項の刑と同様とする。

③公務員又は仲裁人であった者が，その在職中に請託をうけて職務上不正な行為を行った後，賄賂を授受，要求又は約束したときには5年以下の懲役又は10年以下の資格停止に処する。

④前3項の場合には，10年以下の資格停止を併科することができる。」

	課公務員	・無断増築部分に対する事業計画変更承認をすることで、三豊建設専務から200万ウォンを収賄
7	(前) S 区長	[特定犯罪加重処罰などに関する法律違反] ・三豊建設代表取締役兼会長から総額1,300万ウォンを収賄
8	(前) S 区長 (1990～1993年)	[否定処事後収賄, 収賄] ・三豊建設専務から200万ウォン収賄
9	公務員	[収賄] ・150万ウォン収賄
10	公務員	[収賄] ・100万ウォン収賄
11	公務員	[収賄] ・100万ウォン収賄
12	公務員	[収賄] ・180万ウォン収賄
13	公務員	[否定処事後収賄, 虚偽公文書作成及び同行使]
14	公務員	[否定処事後収賄, 虚偽公文書作成及び同行使] ・虚偽公文書たる復命書作成, 行使
15	公務員	[否定処事後収賄, 虚偽公文書作成及び同行使] ・虚偽公文書たる復命書作成, 行使
16	S 区役所 都市整備局長	[特定犯罪加重処罰などに関する法律違反〔賄賂〕, 職務怠慢] ・三豊建設専務から1000万ウォンの賄賂收受 (このことで, 指名手配された後, 無断欠勤)
17	W建設 建築就任	[業務上過失致死傷] ・施工上の過失
18	W建設 建築技師	[業務上過失致死傷] ・施工上の過失
19	W建設 鉄筋班長	[業務上過失致死傷] ・施工上の過失
20	W建設 型枠班長	[業務上過失致死傷] ・施工上の過失
21	W建設 代表兼建築設計士	[業務上過失致死傷] ・設計及び管理上の過失

維持・管理	22	三豊建設設備部長	[業務上過失致死傷] ・維持管理上の過失
	23	三豊建設建築部長	[業務上過失致死傷] ・維持管理上の過失
	24	三豊建設建築部代理	[業務上過失致死傷] ・維持管理上の過失
	25	三豊建設設計部代理	[業務上過失致死傷] ・維持管理上の過失

本件事故で起訴された者を分けてみると、(1) 崩壊の直接的な原因提供者、すなわち、施工の関与者たるW建設の建築主任、建築技師、鉄筋班長と、(2) 建物の維持・監理を怠って崩壊の原因の寄与者として、W建設の代表兼建築設計士（百貨店の設計及び監理担当者）、三豊建設代表取締役兼三豊百貨店会長、三豊百貨店代表取締役社長、三豊建設設備部長、三豊建設建築部長、三豊建設建築部代理、三豊建設設計部代理、そして、(3) 本件事故の業務上過失致死傷などの罪とは直接に関係するのではないが、建物の不法設計変更過程で賄賂を收受し虚偽公文書を作成した公務員らまでが起訴されたのである。

第1審法院<sup>45</sup>は、本件事故の業務上過失致死傷に対して、「本件崩壊事故は三豊百貨店の建物が完工したときから約5年経ったときに発生しており、さまざまな原因が複合的に作用して崩壊事故が発生したのであるから、本件建物の構造計算、設計、建築工事、監理、維持管理に関与した被告人ら相互で手抜き工事の責任所在、自己の過失が寄与した割合による責任の軽重をめぐり、捜査過程から本法廷にいたるまで激しい攻防をしてきたので、犯罪事実を有罪と

<sup>45</sup> ソウル地方法院 1995年12月27日 95고합764, 756, 765, 766, 772, 778, 779, 826, 827, 828, 842, 873, 874, 875 (병합) 判決。

認めるために必要な範囲内で各争点に対する法院の見解を明らかとする」とした上に、「被告人ごとの過失だけでは、本件建物の崩壊事故に至らなかったとしても、過失犯の共同正犯の法理上、多数の被告人らの過失がすべて競合して崩壊の原因を提供したのであるから共同に責任を負うことは当然であり」として、過失の共同正犯に関する見解を明らかにした。そして、三豊百貨店のA棟5階の施工、A棟5階の工事の施工監督、冷却塔設置作業、5階の耐力壁などの除去、監理と竣工検査などに分けて各々の作業における行為者の過失を検討し、崩壊の直接的な原因提供者らと崩壊の原因の寄与者らの間に、業務上過失致死傷罪の共同正犯を認めた。

第2審では、W建設の代表である建築設計士の弁護人は、被告人は、上記の被告人らと施工上または維持管理上の過失行為を互いの連絡の下共同に行ったものではなく、特に、崩壊当日に人々を退避させなかった共同被告人の過失とは全く無関係であるとし、過失の共同正犯の不適切さを指摘した。これに対して、高等法院は、「一般的に建物は設計、施工、維持管理という3つの要素が結合されて建築され、使用されるものであり、したがって、一時的な用途に提供するために建築される臨時建築物などの特別な場合を除いては、上記の設計、施工、維持管理に関与するすべての者らはその建物がその用途に従って安全に建築されて使用されることで、その寿命を確保するという共同の目標と意思連絡の下にいたのであり、一方、その建物が寿命を保つには設計者の手抜かりのない計画及び設計、建設業者の完璧なる施工、建築主による徹底な建物の維持管理という3つの条件が合わさらなければならないので、上記の各段階での過失がそれだけでは崩壊原因とならないとしても、それらが合わされば崩壊となる点は容易に予想できる。したがって、上記の設計、施工、維持管理の各段階

で関与する者は、全く過失がない、あるいは、過失があったとしても建物崩壊の原因とならなかったという特別な事情を除いては、崩壊に対する共同責任を免れることはできない」とし、「本件事故の場合、被告人には、設計上の過失が認められ、これは、原因判事の構造技術士、施工者、維持・監理やの過失（崩壊当日人員の退避をさせなかった点を含む）と合わさって、本件事故の1つの原因となかったことは明らかであり、その一方、被告人と施工、維持管理などの建物の建築と使用に関与した人たちとの間に意思連絡があると見ることができる点は、上記のとおりであるため、被告人とその他の者らの間に本件業務上過失致死傷罪についての刑法第30条所定の共同正犯が成立するとした原審判決は正当である」とした。大法院は、上告した被告人に対して、各自の個別的な注意義務違反の可否を中心的に判断し、過失犯の共同正犯に関する判断は、原審判決をそのまま是認したのである。

### 第3項 本件における争点

トンネル掘削中の爆発事件の判例で見たように、判例は、企業の中で各担当者がおり、それぞれの業務を担当する場合、その企業のトップには、一般的・抽象的な注意義務はあるものの、具体的かつ一般的な注意義務はないとしている。そこで、本件事故において、三豊建設の代表取締役ら（以下、「被告人1」及び「被告人2」という）に、具体的かつ一般的な注意義務が認められるかが問題となった。実際、三豊建設にも、設計、施工、管理の各分野の担当者がおり、本件建物の施工自体は、W建設が担当していた点などから、「被告人1」と「被告人2」にも、具体的かつ一般的な注意義務は認められないのではないかが争点となったのである。

この点について、第1審判決では、「被告人1」の場合、(1) 単純に発注会社の経営者としての一般的で抽象的な指揮、監督を行っただけではなく、以前から建設業に務め、約20年間建築に関する知識と経験を蓄積してきた者であり、(2) 自ら本百貨店に関する基本設計を依頼し、それに基づき本件建物の建築工法などを決めた点、(3) W建設の工事現場を頻繁に訪問して作業の内容を確認した点などから、工事現場で直接に関わってきたのであり、「被告人2」の場合、大学の土木科を卒業し、他建設会社の企画理事として働いた経験があり、本件建物の工事のときには現場に常住しながら現場所長以下の職員を指揮、監督した点、冷却塔の移設工事の際には、実務者の意見を黙殺して、工事費用の安い会社と請負契約を締結した点などから、本件事故において、三豊建設の代表取締役らには、工事進行状況に直接関与して主務部署の責任者やその所属職員らを指揮、監督して手抜き工事になることを防ぐ直接かつ具体的な注意義務があると認められたのであった。

## 第4節 聖水大橋崩壊事故（大法院 1997年11月28日 97도1740判決）

### 第1項 事案の概要

1994年10月21日、ソウルの聖水大橋（1,160m）の橋梁の第10番と第11番の橋脚の間の上板を支えるトラス（Truss）48mが崩壊し、事故現場を走っていた乗用車及びバスなどが漢江に落ちた。事故当時の時刻が朝の7時半頃であったため、出勤や通学中の人の被害が多く、6台の車両と49名の人が川に墜落し、32名が死亡し、17名が負傷するという大事故であった。本件事故の最初の原因は、立て材の溶接不良と製作の欠陥であったが、定期点検の怠慢などの維持管理上の過失などが複雑に絡まっており、関係者の刑事責任がどこまで認められるかが問題とされた<sup>46</sup>。

### 第2項 裁判の経過

本事案は、施工部分（以下の【表④】の「被告人1」から「被告人6」まで）とその他の部分を分離して宣告したため<sup>47</sup>、ここでは、施工部分に関する判決

---

<sup>46</sup> 大法院判決の宣告日順に整理したため、本事案が三豊百貨店の崩壊事故の後になっているが、実際事故発生は、本件事故（1994年10月21日）が三豊百貨店の崩壊事故（1995年6月29日）より先である。

<sup>47</sup> 施工部分に関する判例は、ソウル地方法院 1995年4月20日 94고단8478（第1審）、ソウル地方法院1997年6月11日 95노2918判決（第2審）、大法院 1997年11月28日 97도1740（第3審）であった。その他の部分に関する判例としては、本判決では、主に公文書の虚偽作成に関する共同の意思や目的に対する検討がなされており、その一方で、本件聖水大橋の崩壊事故において、橋梁の維持・管理の責任を担当していたソウル市道路局傘下東部建設事業所所属公務員らと橋梁製作施工者らの間に共同過失の責任を認めた。



を中心として検討を行うこととする。本件事故で、施工者、維持・管理者及び関係公務員に至る各段階の行為者17名が起訴された。まず、検察側が起訴した17名の公訴事実要旨を表にして整理してみると、【表④】のとおりである。

【表④】 聖水大橋崩壊事故に関する公訴要旨

		肩書	〔罪名〕 公訴事実要旨
施 工	1	A建設 B工場技術担当 及び常務理事	〔業務上過失致死傷，業務上過失一般交通妨害，業務上過失自動車墜落 <sup>48</sup> 〕 ・鉄骨構造物（トラス）製作総括・監督，溶接下請け，設計と異なる溶接など溶接不良
	2	A建設 C工場 鉄構部部長	〔業務上過失致死傷，業務上過失一般交通妨害，業務上過失自動車墜落〕 ・トラス製作，技術指導，工程指導，人員及び装備受給計画を立てて施行（実務責任者），溶接下請け，設計と異なる溶接など溶接不良
	3	ソウル市公務員 （ソウル市工事監督官）	〔業務上過失致死傷，業務上過失一般交通妨害，業務上過失自動車墜落〕 ・現場での工事監督怠慢
	4	ソウル市公務員 （地下鉄公社職	〔業務上過失致死傷，業務上過失一般交通妨害，業務上過失自動車墜落〕

ソウル地方法院 1995年4月20日 94고단8274判決（第1審），ソウル地方法院 1997年6月11日 95노3004判決（第2審），大法院 1997年11月28日 97도1741（上告審）を参照。

<sup>48</sup> 刑法第187条【汽車などの転覆等】「人の現存する汽車，電車，自動車，船舶又は航空機を転覆，埋没，墜落，又は破壊した者は無期又は3年以上の懲役に処する。」

刑法第189条【過失，業務上過失，重過失】「①過失により第185条ないし第187条の罪を犯した者は1千万ウォン以下の罰金に処する。

②業務上過失又は重大な過失により第185条ないし第187条の罪を犯した者は3年以下の禁錮又は2千万ウォン以下の罰金に処する。」

	員)	・現場での工事監督怠慢
5	ソウル市公務員 (都市鉄道公社職員)	[業務上過失致死傷, 業務上過失一般交通妨害, 業務上過失自動車墜落] ・現場での工事監督怠慢
6	D 土建 設代表取締役 A 建設 現場所長	[業務上過失致死傷, 業務上過失一般交通妨害, 業務上過失自動車墜落] ・トラスの製作上の手抜きを発見できなかったこと, 大きさの異なる部分を任意で切断するなどの手抜き工事
7	ソウル市道路局傘下 東部建設事業所 所長	[業務上過失致死傷, 業務上過失一般交通妨害, 業務上過失自動車墜落] ・維持管理補修業務の総括 ・橋梁構造物の亀裂及び腐食などの点検における落度
8	ソウル市道路局傘下 東部建設事業所 補修1課長	[業務上過失致死傷, 業務上過失一般交通妨害, 業務上過失自動車墜落] ・維持管理補修業務の管理監督 ・橋梁構造物の亀裂及び腐食などの点検における落度
9	ソウル市道路局傘下 東部建設事業所 施設係長	[業務上過失致死傷, 業務上過失一般交通妨害, 業務上過失自動車墜落, 虚偽公文書作成・行使, 私文書偽造・行使] ・橋梁構造物の亀裂及び腐食などの点検における落度 ・一日点検日誌などの虚偽作成及び提出 ・構造技術者甲の名義の道路施設物安全点検報告書偽造及び提出
10	ソウル市道路局傘下 東部建設事業所 職員	[業務上過失致死傷, 業務上過失一般交通妨害, 業務上過失自動車墜落, 虚偽公文書作成・行使, 私文書偽造・行使] ・橋梁構造物の亀裂及び腐食などの点検における落度 ・一日点検日誌などの虚偽作成及び提出 ・構造技術者甲の名義の道路施設物安全点検報告書偽

			造及び提出
	11	ソウル市道路局 傘下 東部建設事業所 職員	〔業務上過失致死傷，業務上過失一般交通妨害，業務上過失自動車墜落，虚偽公文書作成・行使，私文書偽造・行使〕 ・橋梁構造物の亀裂及び腐食などの点検における落度 ・一日点検日誌などの虚偽作成及び提出 ・構造技術者甲の名義の道路施設物安全点検報告書偽造及び提出
	12	ソウル市道路局 傘下 東部建設事業所 係長	〔業務上過失致死傷，業務上過失一般交通妨害，業務上過失自動車墜落，虚偽公文書作成・行使〕 ・橋梁構造物の亀裂及び腐食などの点検における落度 ・一日点検日誌などの虚偽作成及び提出
	13	ソウル市道路局傘下 東部建設事業所 職員	〔業務上過失致死傷，業務上過失一般交通妨害，業務上過失自動車墜落，虚偽公文書作成・行使〕 ・橋梁構造物の亀裂及び腐食などの点検における落度 ・一日点検日誌などの虚偽作成及び提出
事後管理 (ソウル市道路局)	14	ソウル市道路局 局長	〔虚偽公文書作成・行使〕 ・瑕疵橋梁の数を減らした虚偽の安全点検結果報告書の作成及び提出
	15	ソウル市道路局 道路施設課長	〔業務上過失致死傷，業務上過失一般交通妨害，業務上過失自動車墜落，虚偽公文書作成・行使〕 ・聖水大橋補修，維持管理措置を行わなかったこと ・重点管理対象施設物への指定進言黙殺
	16	ソウル市道路局 道路施設課長	〔業務上過失致死傷，業務上過失一般交通妨害，業務上過失自動車墜落，虚偽公文書作成・行使〕 ・車両の通行制限措置を行わなかったこと ・安全診断橋梁選定の進言黙殺 ・瑕疵橋梁の数を減らした虚偽の安全点検結果報告書の作成及び提出
	17	ソウル市	〔業務上過失致死傷，業務上過失一般交通妨害，業務

	道路施設課 施設改良係長	上過失自動車墜落，虚偽公文書作成・行使] ・傘下機関の建設事務所の公務員指揮・監督者 ・聖水大橋補修，維持管理措置を行わなかった点 ・重点管理対象施設物への指定進言黙殺 ・瑕疵橋梁の数を減らした虚偽の安全点検結果報告書の作成及び提出
--	-----------------	--

第1審法院<sup>49</sup>は，本件崩壊事故は，A建設のB工場（以下，B工場という）の技術担当常務理事（【表④】の「被告人1」）とA建設鉄具部部長（【表④】の「被告人2」）の「聖水大橋のトラスの不良製作」という過失と，当時ソウル市道路局所属公務員として，B工場と聖水大橋の現場でトラスの製作及び工事監督の業務を遂行した「被告人3」・「被告人4」・「被告人5」の「工事監督上の過失」が合わさって生じたとした。他方において，「被告人6」については，トラスの製現場（B工場）と，本件大橋の施工現場は分離されているため，（【表④】の「被告人6」に）トラスの精密検査を行う義務までではないとし，これを無罪とした。

第2審において，「被告人1」と「被告人2」の弁護人側は，「被告人1」と「被告人2」の相互間には，トラスの製作や監督上の過失行為を互いの意思連絡の下で共同に行ったことがないと主張した。これに対して第2審法院は，「聖水大橋のような橋梁がその寿命を保つためには，建設業者の完璧な施工，監督公務員らの徹底した製作施工上の監督及び維持管理を担当している公務員らの徹底した維持管理という条件が合致しなければならないため，各段階での過失がそれだけでは崩壊原因とならないとしても，それが合わさったら橋梁が

<sup>49</sup> ソウル地方法院 1995年4月20日 94고단8478判決。

崩壊することは容易に予想できる。したがって、上記の各段階に関与した者は、全く過失がないか、あるいは過失があったとしても橋梁崩壊の原因とならなかつたなどの特別の事情がある場合を除き、崩壊に対する共同責任を免れることができない。そこで、本件事故の場合、上記の被告人らには上記のような監督公務員らの監督上の過失と合わさって本件事故の1つの原因となったことが認められ、一方、上記被告人らと相被告人たる監督公務員など上記聖水大橋の建設に関与した者らは、本件事故聖水大橋を安全に建築するという共同の目標と意思連絡があったと見なければならぬので、上記の被告人らには本件業務上過失致死傷罪に対して刑法第30条所定の共同正犯関係が成立するとみるべき」であるとし、共同の目標と意思連絡があったなどから過失の共同正犯を認めたのである。

他方において、第1審で無罪を言い渡された「被告人6」に対し、第2審法院は、「当被告人は、聖水大橋建設現場の工事の総責任者として施工業務の全般を総括して指揮、監督した事実、…(省略)…、現場代理人が常住していない場合には、現場所長が行政的な業務だけではなく、工事に関する技術的指揮監督までやらなければならない事実、…(省略)…、結局被告人としては、被告人1と被告人2が手抜き製作したトラスの各部材を確認、点検する義務があり、また、現場所長に要求される通常の注意を払えば、このような製作上の過ちを発見することができたにもかかわらずこのような注意義務を果たしていない過失がある、…(省略)…、被告人には、資材に対する確認、点検義務を怠った過失と手抜き施工の過失があり、これは、前記のように他の原因と合わさって本件崩壊事故の主たる原因となったといえる」とし、注意義務違反を認め、他の被告人との過失犯の共同正犯の成立を肯定したのである。

### 第3項 大法院の判決の要旨

大法院は、本件事故の予見可能性及び期待可能性の部分に関して「本事件聖水大橋は、上記のように、いわゆるゲルバートラス（Gerber truss）工法<sup>50</sup>により施工された橋梁であり、橋梁への荷重が本事件Suspended Trussに集中し、垂直財やピンなど重要部品の中の1つが切られた場合、直ちに崩壊に繋がる特性があり、仮に被告人らがこのような特徴を知らなかったとしても、被告人らの学歴及び経歴に照らしてみると、トラス橋は、…(省略)…、トラスを構成する各部材の溶接や部材相互間の連結が橋梁の構造に決定的な影響を与えることは十分に理解することができると思われ、ここに、上記のような被告人らの製作、施工、監督上の注意義務違反行為を加えてみれば、被告人らのトラスの製作、施工及び監督上の過失は、本件聖水大橋の維持・管理上の過失と合わさって結果的に橋梁の崩壊の原因となることが十分に予想可能であり、当時本件事故発生防止措置に対する期待可能性もあることと認められる」とし、結果の予見可能性及び結果の回避可能性を認めた。

また、本事件に関して、弁護士側が不能未遂と独立行為の競合を主張したことに対して、不能未遂の点に関しては、「被告人らのトラスの製作、施工及び監督上の過失及び監督公務員らの製作施工上の過失及び維持・管理を担当している公務員らの維持・管理上の過失が合わさって、本件橋梁の崩壊が発生したのであるから、上記被告人らの過失行為の性質上、橋梁の崩壊という結果の発生が不可能な場合とはいえない」として、不能未遂ではないことを明らかにした。そして、本件事故における被告人らの過失を、独立行為の競合と解する主

---

<sup>50</sup> 「ゲルバートラス工法」は、本事件大橋の建設の際に最初に導入された工法であった。

張に関しては、「独立行為の競合に関して、2人以上が相互意思連絡なきに同時に犯罪構成要件に該当する行為を行ったときには、原則的に各人に対してその罪を論じなければならないが、その結果発生の原因となった行為が明らかではないときには、各行為者を未遂犯として処罰し（独立行為の競合<sup>51)</sup>）、この独立行為が競合して、特に傷害の場合には共同正犯の例により処断する（同時犯<sup>52)</sup>）ので、相互意思の連絡があり共同正犯が成立するのであれば、ここには独立行為の競合などの問題が提起される余地がない」とし、「本事件の場合も、前記のように、被告人らに対して業務上過失致死傷罪、業務上過失一般交通妨害罪、業務過失自動車墜落罪などの共同正犯が認められる以上、ここには独立行為の競合の問題が提起される余地がないといえる<sup>53)</sup>。さらに、本事件崩壊事故は、前記のように被告人らの製作施工及び監督上の過失と公訴外の甲などソウル市の維持・管理担当公務員の維持・管理の過ちが全て合わさって発生したものであるので、結果発生の原因となった行為が判明していない場合に該当されるとみなされない」とした。

---

<sup>51)</sup> 韓国刑法第19条【独立行為の競合】「同時又は異時の独立行為が競合した場合に、その結果発生の原因となった行為が判明されていないときには各行為者を未遂犯として処罰する。」

<sup>52)</sup> 韓国刑法第263条【同時犯】「独立行為が競合して傷害の結果を発生させた場合において、原因となった行為が判明されていない場合は共同正犯の例による。」

<sup>53)</sup> 大法院 1985年12月10日 85도1892判決。

## 第5節 尚州市コンサート圧死事故

(大法院 2006年10月26日 2006도5388判決)

### 第1項 事案の概要

尚州市所在の市民運動場での自転車祭りの一環として、M放送局の歌謡コンサートの公開収録が無料入場券で入場する2万名の観客の中で19時から行われることが予定されていた。しかし、当日の17時半頃にはすでに約2万名以上の人が、市民運動場の5個の扉の中の観客入口として使われる予定であった3番扉の前から市民運動場の進入道路まで参集していた。17時40分頃、観客の入口たる3番扉が開放されると、3番扉の前の傾斜路から人が一気に入場しようとする中で、1人が転倒し、それに続いて連鎖的な転倒が起こり、11名が死亡し、45名が負傷するという事故が発生した。

本件事故に関しては、まず、代行業者の選定過程に問題があったことが指摘された。本件イベントの代行業者たる国際文化振興協会（以下、「代行会社」という）は、財政状況の悪化で、警備会社に前金を払うことができないなどのイベントを担当するに相応しくない会社であったにもかかわらず、本代行会社の会長が尚州市長の身内であることで、自転車祭りの推進委員会の運営規則に違反して（議決定足数未達）本代行会社が主管代行社として選定された。また、警備業者の選定においても無許可警備業者を選定し、かつ安全管理人員や装備を十分に備えず<sup>54</sup>、事前に市民運動場の扉の位置などを十分に検討せずに観客

---

<sup>54</sup> 最初の計画では、安全管理のため必要な人員を300名（警察230名、協会職員20名、専門警備要員50名）と設定していたが、有関機関対策会議で、尚州警察署長から、応援可能な警察



の入口を決めたこと<sup>55</sup>などが、本事件の捜査の過程で明らかとなった。

## 第2項 裁判の経過

本件事故は、安全管理・秩序維持のための人員の不足、警備計画の不在、地形的観点から危険性のある扉を入口として決めたことや、入場方式での問題などが複雑に絡まって生じた事故であった。本事件に対して、検察官は、尚州市の市長、尚州市の行政支援局長、尚州市の街づくり課長（本件自転車祭りの担当及び総括監督者）、尚州市街づくり課自転車文化担当係長、社団法人国際文化振興協会の会長、社団法人国際文化振興協会の副会長、イベント会社の部長、警備業者、M放送局の担当プロデューサーの計9人を起訴した。9人に対する検察側の公訴要旨を表にして整理すると、【表⑤】のとおりである。

【表⑤】 尚州市コンサート圧死事故における公訴事実要旨

		被告人 〔肩書き〕	公訴事実要旨 〔罪名〕
主管 代行 社	1	国際文化振興協 会 会長	〔業務上過失致死傷罪，賄賂供与罪〕 ・関係業務の全般に関する総括指揮・監督 ・安全管理の点検，監督などの懈怠 ・代行社選定に関する賄賂提供
	2	国際文化振興協 会	〔業務上過失致死傷罪〕 ・業務の全般に関して包括委任されたにもかかわら

人力は、交通警察20名、警備警察14名という告知を受けた。そして、実際、事故当時に配置された人員は、39名（警察14名、協会職員4名、専門警備要員21名）に過ぎなかった。

<sup>55</sup> 尚州市の市民運動場には、出入口の内側と外側が平地な（直1扉，直4扉）があったにもかかわらず、内側と外側の間に傾斜があり、（道路から入口まで10.5%，入口から運動場まで14.5%の傾斜）外側にしか開けられない直3扉を観客の入口とした。

		副会長	ず、無許可警備業者を選定し、安全管理などに関する点検を懈怠した
会社 イベント	3	部長	〔業務上過失致死傷罪〕 ・無許可警備業者選定 ・市民運動場の構造などを考慮しない入口選定
警護業者	4	警護業者	〔業務上過失致死傷罪，警備業法違反〕 ・全般的な警備の懈怠 ・警備要員の不足，事前教育の未実施，屋台などの未統制など ・警備業の許可なく尚州市自転車祭りの警備業務遂行
放送局	5	M放送局の プロデューサー	〔業務上過失致死傷罪〕 ・当時の状況を報告されたにもかかわらず，対策を行わなかった点（過去に類似の事故が発生したことがあるにもかかわらず）
公務員	6	尚州市市長	〔業務上過失致死傷罪〕 ・運営計画案の安全管理実施などの確認懈怠 ・現場の状況に関する報告を受けたにもかかわらず安全対策を採らなかった点
	7	尚州市行政支援 局 局長	〔業務上過失致死傷罪〕 ・不堅実な代行社の選定 ・協会の財政能力を知りながら（予算など）運営計画上の安全計画などの確認懈怠及び安全対策確立の懈怠
	8	尚州市街づくり 課 課長	〔業務上過失致死傷罪〕 ・運営計画上の安全計画などの確認懈怠及び安全対策確立の懈怠
	9	自転車 文化担当係長	〔業務上過失致死傷罪，賄賂收受〕 ・自転車祭りの実務行政責任者 ・不堅実な代行社選定 ・運営計画上の安全計画などの確認懈怠及び安全対策確立の懈怠など

第1審法院は<sup>56</sup>、(1)各被告人の過失認定のための前提事実、(2)各被告人の過失行為、(3)過失の競合、(4)結果の発生という順に説示して検討を行い、被告人全員に業務上過失を認め、業務上過失致死傷罪に関して、刑法30条を適用し、起訴された被告人全員に有罪を言い渡した(ただし、一部無罪とした部分がある)。

第2審法院<sup>57</sup>は、被告人らの業務上過失致死傷罪についての判断において、過失認定及び共同正犯の成立の可否を検討し、過失犯の共同正犯につき、「本件歌謡コンサートの公開収録のように大規模の観衆が参集することが予見される公演を適法な施設などを備えている公演場ではない場所で行う場合において、安全かつ事故のない公演実行のためには、公演の規模と性格、予想させる観衆の数と年齢又は性別、公演場所の規模と構造的的確性など当該公演と公演場所の諸般事情を反映した適切な災害対処計画の樹立・申告、それに適する警護警備人力と装備などの事前確保及び、十分な事前調査(必要な場合は事前踏査と予行演習)、効率性と安全性を考慮した適切な交通及び出入口の確保などのための時宜に適した屋台などの事前統制と、入場・観覧・退場という公演のすべての過程においての観衆の秩序を保つこと、火災及び停電、騒擾など突発状況に備えた予備人員の確保と、消防、電気、人命救助などに必要な対策樹立及び施行、具体的・直接的監督責任のある者らの徹底した確認・監督という条件が合致しなければならないので、上記の各段階での過失それだけでは事故の原因とならなかったとしても、それらが合わさると事故が発生することは容易に予想でき、したがって、上記の各段階で関与した者は、全く過失がない、あるいは

---

<sup>56</sup> 大丘地方法院 2006年2月17日 2005고합29, 30, 35, 36 (병합) 判決。

<sup>57</sup> 大丘高等法院 2006年7月27日 2006ㄴ86判決。

は、過失があったとしても事故発生の原因とならなかったという特別の事情を除いて、事故発生に対する共同責任を免れることはできないのであり、他方において、上記のような過失の認められる者らの間に本件歌謡コンサートの公開収録を事故を起こすことなく実施しなければならない共同の目標と意思連絡があると見られれば、刑法第30条所定の共同正犯の関係が成立する」とした。

大法院では、上告を全て棄却し、第2審の判決を確定させた。

### 第3項 本事案における争点

本件事故では、業務上過失致死傷罪の共同正犯として、主管代行社の役員はもちろん、公務員らや、M放送局のプロデューサーまで起訴され、有罪判決を受けた。しかし、各段階の実務者などがおり、事故現場からは離れているように思われるこれらの行為者に対して、過失を認めることができるのかどうかに関して議論があり得る。弁護人が、尚州市長は本件コンサートの公開収録の安全事故防止に関する一般的・抽象的な注意義務があるだけで、具体的かつ直接的な注意義務はないと主張したことにも理由がないとはいえないであろう。そこで、以下では、各行為者らの注意義務の有無と、本件事故での共同正犯に関する大法院の判断要旨を整理してみることにする。

#### (ア) 公務員の注意義務違反

大法院は、尚州市長に対して、「自転車祭りの推進員会の委員長であり、本件コンサートの公開収録がなされる尚州市民運動場の運営者であり、本件コンサートの公開収録を含む自転車祭りの基本計画樹立を含め、イベント代行業者の選定契約、イベント場施設警備安全対策など祭り関連業務の全般を総括指揮、

監督する地位にいる者であり、…(省略)…、前記のような公演場の安全事故に影響を与えざるを得ない危険因子が具体的に存在することが分かった以上、本件協会や警備業者を漫然に信頼するのではなく、実務担当者らに対する適示、適切な指揮、監督権の行使を通じて、…(省略)…、少なくとも多数の観衆が1つの入口に同時に入場することによって発生する混乱を防止すべき直接かつ具体的な注意義務がある」とし、そのような注意義務を違反した過失を認めた。そして、尚州市行政支援局長と（【表⑤】の「被告人7」）、尚州市街づくり課長（【表⑤】の「被告人8」）について、「被告人7は、尚州市行政支援局長であり、本件自転車祭りの対外協力の調整業務を担当しながら、その基本計画の樹立、祭りの代行業者の選定契約、祭り場の安全対策などの業務を指揮・監督する地位の者であり、被告人8は、尚州市町づくり課長として、本件自転車祭りに関する細部計画樹立と、その他祭りの一般業務を担当しながら実務行政全般を総括監督する者であり、被告人7が専門的な経歴と能力を備えていない本件協会を、本件自転車祭りの代行業者として選定したことによって、これが他の事故原因と不可分に連携し本件事故を発生させたのであり、被告人7、被告人8が、本件協会の財政能力と警察応援人員の不足、警備業者の準備粗忽などで、警備人員及び装備が十分に確保されていないことにより、観衆の入場・退場過程上の統制不能などによる無秩序や混乱が惹起され、人が死傷に至るという点を十分に予見し、または予見できたのであり、このような場合、被告人7、被告人8としては、祭り代行業者たる本件協会との間に、契約上の行政上の協調関係にとどまるだけではなく、進んで、このような混乱状況を打開するために、本件協会が作成した『イベントの安全&運営計画案』だけでもきちんと実行されているのかを確認して対策を用意することを促すか、観衆の出

入統制などのための警察警備人員を追加要請するか、または尚州市自体で代替人員動員などの計画を樹立して、実行するなどの対策を講じて観衆の出入過程における混雑などによる人命被害を防ぐ具体的かつ直接的な注意義務があるにもかかわらず、…(省略)…、被告人7、被告人8のこのような過失が本件事故の1つの原因となったと判断したことは正当であり」として過失を認めた。

#### (イ) M放送局のプロデューサーの注意義務違反

本件コンサートの担当プロデューサーについて大法院は、「本件コンサートの公開収録のスタッフを統率し、公開収録の進行を指揮する総括責任者であり、公演法上の災害対処計画を樹立、申告していないだけでなく、本件事故当時警備業者の準備粗忽などにより、警備人員及び装備が十分に確保されていないことによって、観衆の入場、退場過程上の統制不能などによる無秩序と混乱が惹起され、人が死傷に至るという点を十分に予見し、または予見できたのであるから、警備業務を担う警備業専門家及び尚州市と対策の用意を協議するなどの方法で安全秩序維持に必要な人員・装備の確保や適切な配置の有無、またはその可能性などを確認すべきであり、…(省略)…、事故防止のための措置をとらなければならない注意義務があると判断することは正当である」とした。そして、「被告人には上記のような安全管理に関する指揮・監督などの過失が認められ、他の被告人らの過失が合わさって本件事故の1つの原因となったのであり、一方、被告人らはM放送局のコンサートの公開収録を事故なく安全に実施しなければならないという共同の目標と意思連絡があるとみるべきであり、被告人7、被告人8と他の被告人らの間には本件業務上過失致死傷などの罪に対し刑法第30条所定の共同正犯の関係が成立する」として、各行為者の間に過失犯の共同正犯が成立することを明確にしたのである。

## 第6節 助産師事件（ソウル北部地法 2007年10月25日 2007ㄴ767判決）

### 第1項 事案の概要

被害者は帝王切開で2児を出産した経験のある妊婦であり、被告人1の運営する助産院で被告人1から帝王切開の経験のある妊婦の自然分娩が可能であると言われたので、被告人1に何回もVBAC<sup>58</sup>が危険ではないのかを尋ねたが被告人から妊婦の意思があれば可能であると言われ、本件助産院で自然分娩をすると決めた。被害者は陣痛が始まったので（昼の12時）当助産院で内診を受けたが、被告人1は被害者の出産予定時間を24時と判断し、放送局の撮影のため外出するにあたり、被害者に本件助産院を紹介した被告人2に連絡して、被害者の引継ぎを行った。被告人2は、他の助産院で分娩クラスの授業などをする助産師であり、今までVBACを施行した経験はなかった。被告人2は、被告人1から被害者を引き継がれた後、2回ほど内診を行う途中、同日の17時頃、被害者の分娩が始まると、被害者を分娩室に運び分娩を実施している中、今まで被告人2が経験したことない異常現象が生じたので慌ててしまい、胎児の心臓の拍動が遅くなるのをみて、被告人1に電話し胎児の様子がおかしいといい、被害者の保護者の抗議で、被告人1との電話を終えて救急隊に電話したが、そのときは胎児に異常徴候が生じてからすでに20分程が経過していた。被害者は大学病院に転送され手術を受けたが、以前帝王切開を受けた子宮の部分が破裂し、胎児は死亡した。

---

<sup>58</sup> VBACとは、「Vaginal Birth After Cesarean Section」の略語で、帝王切開で出産した経産婦が2人目以降の出産で経膈分娩（自然分娩）をすることをいう。

## 第2項 判決の要旨

本事件に対してソウル北部地方法院は、「被告人らの業務上過失と本件事故の間の因果関係も十分に認められ、被告人1が被告人2に被害者の助産業務の引き継ぎを行い、これによって被告人2が被害者の分娩を施行し、その結果、本件事故が発生したので、被告人らの間には被害者の分娩に関する相互意思連絡があったとするのが相当であり、過失犯の共同正犯が成立する（被告人1は、被害者が夜12時頃に出産すると予想し、被告人2に被害者の分娩を頼んだことはないから、被告人1と被告人2の間に意思の連絡がなく、よって共同正犯が成立しないと主張するが、被告人1が被告人2に被害者の助産業務の引き継ぎを行う意思には、もし被告人1が席をはずしている間に被害者の分娩が始まったときには被告人2が被害者の助産業務を施行することを頼む意思も含まれていると見るのが相当であるため、被告人1の上記の主張は理由がない）」として、被告人1と被告人2の間に業務上過失致死罪の共同正犯を認めた。



## 第6章 過失犯の共同正犯に関する判例の傾向の整理

ここまで、韓国における過失犯の共同正犯に関する判例を、判決日時順に整理してきた。以下においては、上記で整理した判例がどのような傾向を示しているのかについて若干の検討を行うことにする。学説からの批判については、後出の第4編において詳細に紹介することとし、ここでは、判例が過失犯の共同正犯を肯定（または否定）した理由・根拠、その要件等をまとめ、全体的な判例の動きや傾向を明らかにすることとしたい。

### 第1節 1970年代から1990年代の判例の傾向

過失犯の共同正犯に関する初期の判例は、運転者と同乗者との間に関するものがほとんどである。運転者と同乗者の関係をみると、正機関士と副機関士、運転兵と先任搭乗者のように、監督関係である場合もあるが、荷主と運転者や、運転能力を見てアドバイスをする目的はあるものの特に関係性を持たない同乗者のケースもあった。したがって、両者は共同の注意義務を有するとはいえず、共同の注意義務違反も肯定できないものであったと言いうる。そのため、日本の学説・判例のいう「共同注意義務の共同違反」という理解からは、過失犯の共同正犯が成立し得ない事例であったといえるであろう。

それでは、韓国の大法院はいかなる論拠で過失犯の共同正犯を認めたのか。大法院は、各行為者の意思連絡により生み出された行為が、過失結果の核心的な原因行為であるのかどうかという点に注目した。すなわち、2人以上の者がある過失行為を互いの意思連絡の下で行い、犯罪の結果を発生させたこと、す

なわち、過失結果発生が、行為者相互の（明示的・黙示的）意思連絡ないし合意により創出した行為による場合に、そのような行為を創出させた各行為者を過失犯の共同正犯としての責任を負わせていると考えられるのである。

過失犯の共同正犯を最初に認めた1962年の判例の事案に即してこれを見ると、まず、運転手と同乗者との間には共同の注意義務があるのではなく、荷主が貨物トラックの運転者の運転行為に対する管理・監督義務があるのでもない。ここで、もし同乗者たる荷主に過失行為に関する責任を問うとすれば、運転者に対する間接正犯、教唆・幫助などを考えることができよう。しかし、荷主について運転手を荷主の被利用者<sup>59</sup>と理解することはできず、また、過失行為には教唆・幫助行為が成立しないので、教唆犯や幫助犯としての責任を問うこともできない。そうすると、本事案は、運転者のみが業務上過失致死罪の責任を問われることとなるであろう。

ここにおいて、判例は「なぜ、そのような過失結果が発生したのか」、「過失結果の直接原因たる行為に出たのはなぜなのか」という点に注目した。本事件の場合、運転者は、同乗した荷主の「このまま行こう」という発言がなかったら、およそトラックを急発進させなかったであろう。これは、警官の停止信号に応じて検問所の35m前の地点から減速していたことから推測できる。このように、同乗者の発言がなかった場合、本件事故の原因たる急発進はなかつ

---

<sup>59</sup> 刑法第34条【間接正犯，特殊な教唆，幫助に対する刑法加重】「①ある行為により処罰されない者，又は過失犯として処罰される者を教唆又は幫助し，犯罪行為の結果を発生させた者は，教唆又は幫助により処罰する。

②自己の指揮，監督をうける者を教唆又は幫助して前項の結果を発生させた者は，教唆のときは正犯に定められた刑の長期又は多額にその2分の1まで加重し，幫助の場合は正犯の刑により処罰する。」

たということは、同乗者との意思連絡がなかったら過失行為をしなかったであろうと言い換えることができるのである。

ここで、上記で検討した諸判例を改めて整理してみると、判例は、過失犯の結果が発生したとき（結果の発生）、そこから遡って結果発生に最も直接的な影響を与えた行為が何かを探る（結果発生の直接原因行為の特定）。そして、特定された原因行為に関して行為者間の意思連絡があったか否かを検討する（意思連絡の有無の判断）。ここでの意思連絡は、積極的に賛成の意思を示すことなどまでを必要とせず、原因行為を一緒に行うことを認識・認容する程度でも足りる。このような判断構造に即して、過失犯の共同正犯を肯定した判例と否定した判例とを検討すると、運転兵の飲酒運転事件の場合、まず、業務上軍用物損壊という結果（結果の発生）につき、そこから遡って、過失結果の原因行為が「飲酒」であることを確認する（結果発生の直接原因行為の特定）。この直接原因たる「飲酒」行為を、前任搭乗者と運転兵が一緒に行ったので（意思連絡の肯定）、両者に過失犯の共同正犯を認めることになる。また、列車衝突事故の場合、列車衝突事故（結果の発生）の直接原因とされることは、統制室に報告などをせずに列車の退行させた行為であり（結果発生の直接原因行為の特定）、このような行為は正機関士と副機関士の相論同意下で行われたのであるため（意思連絡の肯定）、過失犯の共同正犯が成立するのである。

これに対して、運転兵の運転未熟による事故の場合、過失結果の直接原因となるのは「運転兵の運転未熟」であるが、前任搭乗者が合意したことは「線路を渡ること」であったので、結果発生の直接原因行為に対する互いの意思連絡は存在せず、過失犯の共同正犯が成立しないことになる。

このようにして、判例が過失犯の共同正犯を認めた事案は、行為者間の意思

連絡による行為が、過失結果の直接かつ具体的な原因である場合に限るということができる。そのため、そもそも行為者間の相互意思連絡により創出することができない部分、たとえば、注意能力や運動能力のような身体能力、自然現象などは、意思連絡の対象にならない。「運転者の運転未熟」などは、運転者と同乗者の意思連絡により新しく生ずる行為ではないから、これに関する意思連絡を認めることはできないのである。

また、過失結果の直接原因となる行為が、行為者間の意思連絡により創出されたものであるということは、行為者らが互いの意思をすぐ確認してこれに同意をすることができるのを前提とする。そのためには、行為者間の物理的・時間的な密接性や、（意見の一致の容易さから）行為者の数が多くないことなどが求められる。実際、1970年代から1990年代の判例で過失犯の共同正犯が検討された事案は、運転者と同乗者や、正機関士と副機関士など、行為者間の距離が密接しており、行為者も2、3人程度にすぎなかったのである。

## 第2節 1990年代以降からの判例の傾向

1994年のマンションの崩壊事故において、設計や施工などの担当者らに過失犯の共同正犯を認めて以来、建物の崩壊やコンサートの圧死事件にまで、過失犯の共同正犯は適用されるようになった。大規模過失事故に関する判断過程をみると、各行為者の過失の有無を詳細に検討した上で、そのような過失行為が合わさって過失結果が発生したとする。また、行為者間には、「共同の目標」と「意思連絡」があるので、共犯関係が成立するという論理構造を捉えている。マンションの崩壊事故について、判例は、「各自が協力して本件建物を安全か

つ丈夫に建築しなければならない注意義務があっただけではなく、互いに意思を連絡して本件建物を建築したので、刑法第30条所定の共同正犯関係が成立する」とし、行為者各自の注意義務とともに、「互いに意思を連絡して」本件建物を建築したことから、行為者間共同正犯関係を認めたのである。判示内容のように、行為者間の意思連絡による行為は、「建物を建築すること」である。ここでは、（安全かつ丈夫な）建物を建築するなどのように、単なる事実関係に対する意思連絡が、行為者間の共同正犯を認める要件になり得るのが問題となる。以前の判例の事案における、運転者と同乗者間の場合、意思連絡の対象は、過失結果発生の直接原因であった。これからみると、意思連絡による（安全かつ丈夫な）建物の建築を行う行為は、直ちに「建物の崩壊」という過失結果につながるものではなく、意思連絡はあるものとしても過失犯の共同正犯を認めることは困難ではないのかという疑問が生じるのである。

しかし、判例は、建物の崩壊という過失結果が発生したのは、1つだけの過失行為によるのではなく、各行為者の過失が合わさって生じたことに注目した。判例は、建物が完成するまでは、設計・施工などの段階での行為者の協力が必要であり、建物の完成後はその維持・管理の徹底により、建物の寿命や安全性が保たれるとする。言い換えれば、建物の完成はもちろん、その建物の崩壊においても、設計、施工、維持・管理段階の影響が及ぼされるというのである。具体的な内容が異なるものの、それぞれの注意義務は、完全かつ丈夫な建物のためであることには相違がない。各行為段階における注意義務、たとえば、設計の段階における正しい計算などにより正確な設計を行うことや、施工の段階での設計どおりの施工を行うこと、そして維持・管理の段階での定期的な安全検査を行うことなどという注意義務は、すべて「安全かつ丈夫な建物」のため

である。この点、各行為者の注意義務は、「共同の目標」に対する注意義務であるといえよう。ここで、各行為者の、他の行為者と同一の目標を共有しているという認識、すなわち、自己の行為が目標達成のための「1つの部分」である認識を、判例は「相互意思連絡」の内容として把握していると考えられる。

判例は、各段階による協業なしには目的や目標の達成が不可能な事案において、その目標のために行為者らが集まったことから意思連絡を認め、意思連絡の対象となる「共同の目標」に関連して行為者それぞれの注意義務を導く。各行為者の注意義務は、「共同の目標」を達成するために必要不可欠なものであるので、過失の結果が発生したとき、行為者に、全く過失がなかった場合、または過失があったとしても過失結果が発生しなかった場合ではない以上、過失犯の共同正犯としての責任が問われるとする。そのことは、判例の「大橋を安全に建築するという共同の目標と意思連絡があった」や、「コンサートの公開収録を事故なく安全に実施しなければならないという共同の目標と意思連絡があった」という表現などからうかがわれる。「建築」や「コンサート」などは、そもそも「共同」して行わなければならないものであって、そこに参加する行為者は、他の行為者と共同してその行為をすることを認識・認容する形で意思連絡を通じ合い、意思連絡を相通した者らは、「安全な建築」、「安全なコンサート」という共同の目標下で、それぞれの注意義務を果たすことによって、その目標が達成できることを意味する。したがって、行為者は、多数の参加が求められる行為に参加すること（意思連絡）によって、他の人と共同し行為を行っていることを受け入れ、自身の分担業務が全体的な目標達成のために欠かせないことを認識する。それにもかかわらず、自己の注意義務を懈怠したことは、過失結果に対する正犯として責任を問われるのである。ただし、この場合

行為者の注意義務は、直接かつ具体的注意義務でなければならない。そのため、行為者個人の過失行為の判断に、より重点が置かれる傾向を示すのである<sup>60</sup>。

## 第7章 大規模事故における過失犯の共同正犯---2000年以降の判例を中心として

2000年代以降に発生した、火災事故や崩壊事故などの過失事故においても<sup>61</sup>、その過失結果に関する関係者らの責任を検討する際に過失犯の共同正犯理論が議論され、これを認めたケースも存在する。特に、2014年、294名の死亡者と152名の負傷者を発生させた「セウォル号沈没事故」についても、実際そうはならなかったが<sup>62</sup>、業務上過失の共同正犯が適用されるのではないかという見方<sup>63</sup>が有力であった。過失犯の共同正犯の成立を認めた近時の判例には、過失結果に対して行為者間に過失犯の共同正犯を肯定しながら、過失犯の共同正犯を認めた2つのグループ間の過失の競合を肯定したケース<sup>64</sup>や、製造物の欠陥により多数の人命被害が発生した事案において、製造会社内の行為者だけではな

---

<sup>60</sup> 個別過失に重点が置かれていることを指摘する見解としては、이승호・前掲注(13)163頁。

<sup>61</sup> 韓国で発生した大規模過失事故の実態と、それに関する法的規制などを整理した資料としては、이천현(外)・前掲注(30)1頁以下を参照。

<sup>62</sup> しかし、本事故については、船長に対して過失犯の共同正犯ではなく、未必的故意による殺人及び殺人未遂罪が認められた(大法院2015年11月12日 2015도6809判決)のであり、韓国の判例の中でも異例な存在である。

<sup>63</sup> 이수진, 최석윤「세월호 사고에 대한 형사재판의 쟁점」비교형사법연구第17卷1号(2015)231-234頁。

<sup>64</sup> 水原地法2016年8月26日 2016노650判決。

く、その類の製造物を作る会社間に過失犯の共同正犯を認めた下級審判例<sup>65</sup>も見られる。以下においては、その2つの事案を紹介し、若干の検討を加えることとする。

## 第1節 野外コンサート中の換気口の崩落による墜落事故

(大法院2016年12月15日判決)

### 第1項 事実関係

2014年10月、城南市板橋テクノバリーの野外広場で有名なアイドルなどが出演するコンサートが行われ、700人ほどの観客が集まっており、公演会場付近にあった高さ1.5mのグレーチングで蓋をされていた換気口（地下駐車場換気口）の上に大勢の観客が乗っていた。観客の重量に耐えられなくなったグレーチングが崩落し、この上に乗っていた27人の観客が約20m底へ落下し、16名が死亡し、11名が傷害を負ったのであった。

本件事故の原因は、換気口の施工・管理における過失と、野外コンサート進行における安全管理上の過失が合わさったものであった。本件換気口は、一般広場と繋がる歩行者通路に位置しているため、人が容易に上がることができるのであった。本件換気口の墜落を防ぐための唯一の施設はグレーチングであったが、施工段階での手抜き工事などによりグレーチングの構造耐力が当初の設計より低くなっていた。一方、本件野外コンサートの担当者らは、安全の確保のための十分な人員を配置せず、本件事故となった換気口に人が上がらないよ

---

<sup>65</sup> 大法院2016年12月15日 2016ト14836判決。



うに統制するなどの措置が行われなかったことで、多数の観客が換気口に乗りその重量に耐えられなかったグレーチングが崩落することとなったのである。本件事故で、法人3社と各関係者10名が起訴された。

## 第2項 裁判の経過

本件事故に関して、検察側は、「施工・監理分野」と「イベント・安全分野」とを分けて捜査し、証拠を収集・提出した。起訴された10人に対するの公訴要旨を表にして整理してみると、【表⑥】のとおりである。

【表⑥】野外コンサート中換気口の崩落による墜落事故に関する公訴要旨

		被告人 〔肩書き〕	公訴事実の要旨 〔罪名〕
イベント担当・全然担当	1	Sテレビ会社総括 本部長	〔業務上過失致死傷〕 ・安全管理対策の樹立及び監督義務を怠った過失 ・コンサート場での安全措置確認を怠った過失
	2	Sテレビ会社広報 事業局長	〔業務上過失致死傷〕 ・安全管理対策の樹立及び監督義務を怠った過失 ・コンサート場での安全措置確認を怠った過失
	3	科学技術振興院支 援本部長	〔業務上過失致死傷〕 ・共同主催者として、安全管理対策の樹立及び監督義務を怠った過失
	4	イベント代行会社 運営者 ⇒無罪	〔業務上過失致死傷〕 ・コンサート場と、コンサートの進行において安全管理を懈怠した点
施工・管理分野	5	P建設部長	〔業務上過失致死傷，建築法違反〕 ・本件換気口のある10，11ブロック及び地下仕上げなどの工程管理及び施工業務を総括する現場所長 ・施工過程全般に対する管理監督上の過失

	6	D株式会社 代表理事	〔業務上過失致死傷，建設産業法違反〕 ・金属構造物・建具工事を請け負ったD会社の代表として，金属工事の施工業務を総括 ・請負した施工業務を下請けしてはならないにもかかわらず，資格のない者に下請けした過失 ・施工作業の管理監督上の過失
	7	M会社運営者	〔業務上過失致死傷，建築法違反，建設産業法違反〕 ・D会社から金属工事の一部を下請けしたM会社の代表で，金属工事の施工業務を総括 ・施工上の過失 ・管理監督上の過失
	8	M会社次長	〔業務上過失致死傷，建築法違反〕 ・現場担当者を指揮・監督する施工責任者である ・施工上の過失 ・管理監督上の過失
	9	H建築事務所 建築士	〔業務上過失致死傷〕 ・10ブロックの管理業務を総括 ・施工の内容が工事管理者の確認を得た詳細施工図と異なることを認識したにもかかわらずそれを放置した管理上の過失
	10	P建設次長	〔業務上過失致死傷，建築法違反〕 ・10，11ブロック全体の地下仕上げ工程に対する工程管理及び施工教務を総括する工程管理責任者 ・施工過程全般に対する管理監督上の過失
法人	11	株式会社P建設	〔建築法違反〕
	12	D株式会社	〔建設産業法違反〕
	13	M株式会社	〔建築法違反，建設産業法違反〕

第1審判決では<sup>66</sup>、争点の判断において、施工・監理分野に関する過失とイベント・安全分野に関する過失を明らかにした上で、各分野の行為者らの過失を検討し、施工・管理分野の行為者の過失犯の間に共同正犯を認め、イベント・安全分野の行為者の間に過失犯の共同正犯を認めた。そして、「施工関連被告人らは、本事件換気口の位置、周辺環境（多数の人が集まる一般広場の境目にある）、高さ及び危険性（地面から地下18.55m垂直落下通路の構造としてかなり危険な施設）、一般人の意識などに照らして、建物の日常的または非日常的な使用による構造安全などのために、安全に施工するか安全措置を十分に採らなければならない注意義務があり、イベント関連被告人らも本事件のように多数の人たちが集まるイベントを開催することにおいて、その行事場内に含まれる本事件換気口の日常的または非日常的使用による危険発生の防止などの安全措置をとらなければならない注意義務があるのに、上記の被告人らは共同でこのような注意義務に違反し、このような注意義務違反が競合して本件事故が発生した」とし、施工関連被告人らとイベント関連被告人らの間に過失の競合を認めた。ただし、イベント代行会社運営者に関しては、イベント代行会社とSテレビ会社との協議過程などの諸般事情<sup>67</sup>を総合的に考慮すると、

---

<sup>66</sup> 水原地法城南支院 2016年1月11日 2015コ団367判決。

<sup>67</sup> 従来、「尚州市コンサート圧死事故」において、イベント会社の担当者が過失犯の共同正犯の責任を問われたように、本件においても最初は、イベント会社の担当者らの過失共同正犯責任が議論された。特に問題となったのは、イベント会社の作成したイベント代行契約書の内容であった。すなわち、本契約書の4条3号には「乙（代行会社）は、行事用役の遂行における人的、物的安全事故に徹底に備え、各種安全対策を樹立しなければならず、行事の進行中に発生するすべての安全事故に対しては乙の責任と費用とする」と記載されており、乙が全ての安全対策の責任を負うようにみられるからである。、これについて、第1審法院は、Sテレビ会社が、本件代行会社と契約を採決する前に、他の会社から安全要員などを含む契

契約書上の安全管理に関する内容は、単なる契約書の作成過程での過ちであり、「契約の一方当事者にすぎない者がSテレビ会社側に安全管理条項に対して異議申し立てをしたり、契約書の内容の訂正を要求し安全管理措置をとらなければならない主体が誰なのかを明らかにするべき保証人的地位を有しているとはいえず、法律上注意義務があるといえない」とし、犯罪の証明のない場合に該当するとし、無罪を言い渡した。

第2審法院<sup>68</sup>は、原審判決以降、被害者らに対する被害賠償を行ったことや、被害者からの嘆願書などからイベント・安全分野の3人に対する量刑不当の控訴は認めたものの、その他の控訴は全部認めず、原審判決を支持した。大法院は、すべての上告を棄却し、原審判決を確定させた。

### 第3項 若干の検討

本件事故は、野外コンサート中に発生した事故であり、これは一見、上記の尚州コンサート圧死事件と類似する事故であるように見える。しかし、尚州コンサート圧死事件の場合、コンサートを準備する一連の過程における各段階の過失が合わさって過失事故が発生した事案であるのに対して、本件事故の場合、換気口の手抜き施工という事実とコンサートを主催する側の安全管理の懈怠と

---

約を内容とする3億ウォンの見積をもらったが、予算の具合などから、舞台の設置などコンサートの開催において必要最低な部分のみを依頼する形で4400万ウォンの契約をしたことなどの具体的事情から、本契約書での安全条項は、Sテレビ会社とイベント代行会社の協議で作成されたものとはいえず、Sテレビ会社内で従来から使用されていた書式を訂正して使用する過程でたまたま入ったものであるとして、乙の安全対策に関する責任に関する規定を否定した。

<sup>68</sup> 水原地法2016年8月26日 2016ㄴ650判決。

いう2つの異なる事実が競合して過失事故が発生したという点で相違がある。

判例は、前者のケースについて、各行為者間には「安全にコンサートを成功させる」という共同の目標に関する意思連絡があったとした。そこで、各行為者は、自分の行為が（一部分ではあるものの）安全にコンサートを成功させるために必要なものであることを認識しているとされ、そのような注意義務を怠ったことにつき過失結果に対する予見可能性と相当因果関係を困難なく認めることができるとした。すなわち、そもそも安全で事故のない公演を達成するには、各行為者の適切な行為が合致しなければならないので、「各段階での過失それだけでは事故の原因とならなかったとしても、それらが合わさると事故が発生されることは容易に予想でき<sup>69</sup>」るというのである。そのため、尚州コンサート圧死事件においては、各行為者間の意思連絡を認めた上で、各行為者の過失行為の有無を詳細に検討する判断を行ったのであった。

そうであるとすれば、本件事故のように、換気口の施工・管理分野とイベントの安全分野とはそれぞれが異なる目的を有するため、過失結果に関する予見可能性と相当因果関係をどのように把握するのかが問題となる。実際に第2審の控訴理由で、イベントの主催側からは、「換気口のグレーチングが崩壊する可能性があるか、グレーチングの下に相当な深さの垂直落下通路があることを予見することができなかった」と主張され、換気口の施工・管理分野の側からは、「換気口に40名の人と同時に乗り公演を観覧することを予見することはできなかった」と主張されたのである。これに対し、第2審法院は、「多数の人が集まるイベントを主催する者は、現場の訪問など事前評価段階、安全管理要

---

<sup>69</sup> 大丘高法2006年7月27日 2006㏽86判決。

員教育及び配置段階、公演・行事場施設物安全点検段階、安全装置の設置又は危険行為遮断など段階別に各注意・予見義務があり、…(省略)…、これは、公演に参加する観客がその施設に対する危険性を認知・予想できなかったとしても、イベントを主催する者は多様な種類の危険に備える高度の注意義務と予見義務がある」とし、イベントの主催側の予見可能性を認め、大規模の観客が集まる場合、換気口に観客が上がることを予見できるため、換気口の構造及び崩壊の危険の有無などの安全性を確認しなければならない注意義務があるとした。また、換気口の施工・管理分野の行為者に対しては、「換気口の本来の目的に照らしてみると、その上に人が上がることが当然に予定されるのではないとしても、換気口が地面ではなく壁側に設置された場合や、人がその上に上がることができない構造として設置された場合ではない以上、一定の荷重が加わることは当然に予想できる」とした上で、どの程度までの荷重がかかるのかを予見すべきであるのかに関しては、換気口の位置と形態、人の接近可能性により具体的、個別的に判断しなければならないとした。このように、それぞれの分野において、過失結果に関する予見可能性と因果関係を肯定したのである。なお、両者の間に過失の競合を認めた判断については、独立行為の競合と共同正犯を「2人以上の相互意思連絡」の有無で区別する判例の見解からすれば、妥当なものであったと思われる。

他方において、過失犯の共同正犯については、判決理由中でその成立根拠について特に言及されることなく、施工・監理分野の行為者間とイベント安全分野の行為者間に対して、刑法268条（業務上過失致死傷罪）と刑法30条（共同正犯）が適用できるとされた。本事案では、行為者間に「共同目標」や「意思連絡」などに関する言及はないが、過失犯の共同正犯が肯定されている。第1

審法院は、施工・監理分野に関する事件の流れから、「構造計算などもなしに当初の施工図面とは異なる施工を行ったこと」が、本件換気口の崩壊における核心的な要素であることを明らかにした上で、施工に関与した行為者らの過失を検討し、過失犯の共同正犯を認めたのである。判例は、本件事故につき、「施工とそのような施工に対する監理上の過失」と、イベントの進行における「安全分野」に焦点を当てる。そして、前者については、「換気口の施工はさまざまな業務担当者らの議論と協業過程を通じて施工される。図面の作成者（D会社とM会社）が詳細施工図を作成して、これを施工者（P建設）に交付し、施工者は監理者（H建築事務所建築士）に対しこれに関する検討を要請し、監理者がこれを承認する手続を経て、詳細施工図面が完成される」等のことから、施工段階での各行為者間が緊密な関係であることを導いているように見える。また、後者については、Sテレビ会社と科学技術振興院とを本件イベントの「共同主催者」とし、両者の間には、安全管理や計画に関する議論がなされ、具体的な人員配置などの話し合いがあったことなどから、安全対策に関する各行為者の関係性や距離感が近接していたことを導出しているように見える。このように、本事案は、多数の関係者が参加する行為ではあるものの、その中で一定の段階の行為者らの過失により過失結果が発生したのであり、その一定の段階での行為者らの間には比較的意見の交換などが行われていたことなどを鑑みると、後述（9章末尾）の【図1】の類型2に該当すると考えられる。安全対策に関する意見交換等が存在しなかったイベントの代行会社が、過失犯の共同正犯の対象とならないのは理解しうることであり、これまでの判例の傾向からは、「共同の目標」に関する意思連絡までは認められないと考えられるのである。とはいえ、判決理由中に、過失犯の共同正犯の成立における

重要な要素であり、過失犯の共同正犯と過失の競合を区別させる要素でもある「意思連絡」に関する言及なしに過失犯の共同正犯を認めたのは異例であると思われる<sup>70</sup>。

## 第2節 いわゆる「加湿器殺菌剤事故」に対する第2審判決を中心として

### 第1項 事実関係

2011年2月から4月にかけて、ソウルの大学病院に急性呼吸不全を主な症状とする重症の肺炎の妊婦の入院が増加し、そのうち1名が死亡し、6名が重患者室で治療を受けなければならないほど症状が悪化する状況が発生した。その一方で、患者らの間に、居住地などで共通点が見られず、感染性疾患でみられる症状や感染性疾患での投薬薬物などに反応しないなどのことから、これを不自然に思った大学病院の医者は、本疾病を原因不明の疾患と結論し、疾病管理本部に原因未詳の肺疾患が発生したことを申告した。申告を受けた疾病管理本部は、2011年4月から、本肺疾患の原因を明らかにするための疫学調査に着手し

---

<sup>70</sup> たしかに、トンネルの掘削工事中の爆発事故においても、大法院は「共同正犯は、故意犯か過失犯かを問わず、意思連絡のある場合なら成立することで2人以上が互いの意思連絡の下で過失行為を行い犯罪たる結果を発生させたのであれば、過失犯の共同正犯が成立する」とし、過失犯の共同正犯に関する一般理論を述べただけであった（大法院 1994年5月24日 94ト660判決）が、過失の共同正犯を肯定した事案の中で、「意思連絡」というワードを全く用いなかった事案は異例であると思われる。



た。2011年8月、保健福祉部と疾病管理本部は、原因未詳の肺損傷の原因が加湿器殺菌剤と推定される、という中間調査報告を行った。しかし、この段階では、加湿器殺菌剤と原因未詳の肺損傷の間の因果関係が明確ではないとし、直ちに製品の販売中止や回収は行われなかった。2011年11月、疫学調査と動物実験結果に基づき、O社の加湿器殺菌剤の他6種の製品から有害性が確認され、製品の強制回収命令がなされた。そして、2012年2月、動物実験結果を発表し、加湿器殺菌剤の原料でのPHMG（ポリヘキサメチレングアニジン）及びPGH（塩化エトキシエチルグアニジン）の毒性が確認されたことを明らかとした。2013年、加湿器殺菌剤被害救済決議案が国会の本会議を通過し、2013年から2015年まで3回にわたる政府からの被害者調査が実施された。その被害状況は、1次、2次判定被害者が死亡者86名、傷病者119名であり、3次判定被害者が死亡者16名、傷病者18名であった。検察側は、2016年本件事故特別捜査チームを設け、製造流通社に対する押収捜索を行い、O社の加湿器殺菌剤、W加湿器殺菌剤（LマートPB製品）、H加湿器殺菌剤、C加湿器殺菌剤など、4つの加湿器殺菌剤が肺の損傷に影響を与えるという結論を出し、法人2社を、表示・報告の公正化に関する法律違反で、また8人を業務上過失致死傷罪の共同正犯などで起訴した。

最も多くの被害を発生させたO社の加湿器殺菌剤の開発・製造・販売の経過は、以下のとおりである。O社は、冬が夏より販売実績が低い問題を解決するために、新商品の開発を検討している中で、冬によく使われる加湿器の殺菌剤に注目した。O社は、1996年頃から加湿器の殺菌・洗浄用の加湿器殺菌剤（当時の主原料は、「Preventol R 80」）を開発し、製造・販売した。しかし、1997年から、当加湿器殺菌剤を使うと、加湿器に白化現状（加湿器の水蒸気の噴

出口から白い粉ができる現状)が発生するという消費者からのクレームが続き、O社の代表理事は、開発担当者に加湿器殺菌剤の主原料を変更することを指示した。開発担当者らは、Preventol R 80の代替物を探している際に、Q社の代表理事から、Sケミカル社が、Polyhexamethyleneguaniden-phosphate（以下「PHMG」という）を主成分とする、SKYBIO1125という製品を開発しているから、それを使ってみることはどうかという提案とともにSKYBIO1125のサンプルを提供された。以降、開発担当者は、2000年10月から加湿器殺菌剤の原料を、Preventol R 80からSKYBIO1125へと変更することを決め、2000年10月頃から2001年9月までは、A社の自社工場でPHMGを主成分とする加湿器殺菌剤を製造・販売しており、2001年10月から2011年8月までには、L科学に製造を依頼し、L科学からこれを納品して販売してきた。

## 第2項 裁判の経過

本事件は、第1審判決が2017年1月6日、控訴審判決が2017年7月26日に宣告された後、2017年8月1日、検察側と被告人らの上告がなされたので、まだ大法院の判決は下されていない状況である。したがって、第1審判決と第2審判決での、過失犯の共同正犯に関する判断を中心として検討を行うこととする。まず、本件事故により起訴された被告人の公訴要旨を表にして整理してみると、【表⑦】のとおりである。

【表⑦】加湿器殺菌剤事故に関する公訴要旨

	被告人 〔肩書き〕	公訴事実の要旨 〔罪名〕
1	○社の代表理事（1993年 から現在まで）	〔業務上過失致死傷罪，表示・広告の公正化に関する法律違反，特定経済犯罪加重処罰などに関する法律違反（詐欺）〕 ・開発・製造・販売過程で安全性確認検査を懈怠するなどの過失 ・第1審→特定経済犯罪加重処罰などに関する法律違反（詐欺）については無罪
2	○社の研究所長 <sup>71</sup> （1991年から 2005年5月まで）	〔業務上過失致死傷罪，表示・広告の公正化に関する法律違反，特定経済犯罪加重処罰などに関する法律違反（詐欺）〕 ・開発・製造・販売過程で安全性確認検査を懈怠するなどの過失 ・第1審→特定経済犯罪加重処罰などに関する法律違反（詐欺）については無罪
3	○社研究所部長 （1995年から 現在まで）	〔業務上過失致死傷罪，表示・広告の公正化に関する法律違反〕 ・開発・製造・販売過程で安全性確認検査を懈怠するなどの過失
4	C社代表理事	〔業務上過失致死傷罪，表示・広告の公正化に関する法律違反，常習詐欺〕 ・開発，製造，販売の過程で安全性確認検査を懈怠するなどの過失 ・常習詐欺に関しては無罪

<sup>71</sup> 1991年から1999年までは，○社の研究所所属研究員である。研究所長の期間中，1997年2月から1999年の秋までは，加湿器殺菌剤関連業務ではない業務を担当した。

5	有限会社O	[表示・広告の公正化に関する法律違反]
6	株式会社C	[表示・広告の公正化に関する法律違反]
7	O社研究所所長	[業務上過失致死傷罪，表示・広告の公正化に関する法律違反，特定経済犯罪加重処罰などに関する法律違反（詐欺）] 第1審→特定経済犯罪加重処罰などに関する法律違反（詐欺）については無罪
8	(前) O社代表理事 (2005年から2010年5月まで)	[業務上過失致死傷罪，表示・広告の公正化に関する法律違反，特定経済犯罪加重処罰などに関する法律違反（詐欺）] ・ O社の加湿器殺菌剤が安全性検査を行わず製造販売されていることを認識しているにもかかわらず，製造販売を継続したこと ・ 製品の安全性に関する指揮・監督業務を懈怠したこと ⇒第1審・第2審ともに無罪
9	L科学代表理事	[業務上過失致死傷罪] ・ O社に対して原料物質の安全性などを確認せずに製造した過失
10	株式会社Q 代表理事	[業務上過失致死傷罪] ・ 加湿器殺菌剤の原料物質変更業務に関連 ⇒第1審・第2審ともに無罪

## 第2項 法院の判断要旨

第1審法院は、O社の前代表理事たる「被告人8」に対して、業務に臨む被告人の基本的態度が当時O社の業務処理の一般に一定程度影響を与えた可能性を排除し難いとしながらも、「しかし、そのような可能性とは別に、刑事裁判において有罪の認定は裁判官において合理的な疑いのない程度で公訴事実が真実である確信を持たせなければならない証明力を有する証拠でなければならず、

このような程度の心証を形成させる証拠がなければ、被告人が有罪であるという疑いがあるとしても、被告人の利益により判断しなければならない」とし、犯罪の証明のない場合に該当するとし、刑事訴訟法第325条<sup>72</sup>後段による無罪を言い渡した。また、株式会社Qの代表理事（【表⑦】の「被告人10」）に対しても、検察側の提出証拠だけでは、被告人が1997年2月頃から1999年10月頃まで、直接にO社の加湿器殺菌剤の原料物質変更に関わったと認められることにおいて合理的な疑いを排除する程に証明されたとはいえないとし、無罪としたが、その他の被告人に対しては、刑法30条の共同正犯を適用したのである。

第1審判決の中で注目すべき点は、異なる会社の間における過失犯の共同正犯に関する検討である。本件事故では、O社の加湿器殺菌剤とC社の加湿器殺菌剤やY加湿器殺菌剤など、2種類以上の加湿器殺菌剤を重複して使用した結果、加湿器殺菌剤の中のPHMGとPGHを反復的に吸入し、肺の損傷が発生したと判定される被害者がいた。このように2種類以上、加湿器殺菌剤を使用して発生した被害に対して、第1審法院は、「大量生産と大量消費を特徴とする現代産業社会では、競争関係にある複数の製造業者が同一形態の製品を製造・販売し、消費者が市中に流通するさまざまな製品を使用することが当然に予定されている。上記の被害者らの場合にも同一あるいは類似の成分含量の本件各加湿器殺菌剤が、各製造・販売され市中に流通する状況で、その中の様々な加湿器殺菌剤を購買して使用したのである。この点に照らしてみると、被告人らには、本件各加湿器殺菌剤を消費者に共同で製造・販売する点を認識していたと見るべきである。したがって、上記のような被告人ら及びA, B, C, D, E, F,

---

<sup>72</sup> 刑事訴訟法第325条【無罪の判決】「被告事件が犯罪とならない又は犯罪事実の証明のないときには、判決によって無罪を宣告しなければならない。」

G, H, I など〔Y加湿器殺菌剤の製造販売担当者, H加湿器殺菌剤の製造販売担当者など:筆者注〕は, 上記のような共同の認識下で, 業務上過失により欠陥のある本件各加湿器殺菌剤をそれぞれ製造・販売したのであり, その欠陥により, そのうちの2種類以上の加湿器殺菌剤を使用した被害者らに加湿器殺菌剤による肺の損傷による死傷の結果が発生した以上, 上記被告人ら及びA, B, C, D, E, F, G, H, I などなどの中で, 特定の被害者が重複使用した加湿器殺菌剤らの製造・販売に関する業務上過失のある者らの間には, 該当被害者に対する業務上過失致死傷罪の共同正犯が成立する<sup>73)</sup>としたのであった。

第2審で<sup>74)</sup>, O社の代表理事(【表⑦】の「被告人1」)の弁護人は, 被告人が他の加湿器殺菌剤の製造業者らとの間において, いかなる共同の目標や意思連絡もあったとはいえないので, 2種類以上の加湿器殺菌剤を使用した被害者らに対する共同正犯が成立しないとした。そして, 業務上過失致死傷罪について, 「被告人と他の加湿器殺菌剤の製造業者の役職者の間には, 何の共同の目標や意思連絡があるとみなされないのでA殺菌剤と他の加湿器殺菌剤を重複して使用した被害者に対して過失犯の共同正犯が成立しないと主張した。

原審法院は, 「共同の注意義務と認識の下に業務上過失で欠陥のある本件加湿器殺菌剤を製造販売したのであり, その欠陥によりその中で2種類以上の加湿器殺菌剤を使用した被害者らに死亡または傷害の結果が発生したので, 本被告人らと, 被告人の中で特定被害者が重複使用した加湿器殺菌剤の製造・販売に関して業務上過失がある者らの間には, 当該被害者に対する業務上過失致

---

<sup>73)</sup> ソウル中央地法 2017年1月6日 2016고합527, 575 (병합), 683 (분리) (병합), 1076-1 (분리) (병합) 判決。

<sup>74)</sup> ソウル高等法院2017年7月26日 2017노242判決。

死傷罪の共同正犯が成立する」とし、「共同正犯は、犯罪行為時にその意思連絡が黙示的か間接的かを問わず、行為者相互間に主観的に相互の犯罪行為を共同とするという共同加功の意思があることで成立するのであり、犯罪の実行を共謀したのであれば、他の共謀者がすでに実行行為に着手した以降にはその共謀関係から離脱したとしても共同正犯の責任を免れることができない」として行為者間の過失犯の共同正犯を肯定した。

### 第3項 若干の検討

本事件は、近時の韓国で最も多数の死傷者を出した過失事故であり、過失結果の原因要素と刑事責任の適用範囲の限界などに関するさまざまな問題が絡まっている事案である。事故の原因は、主にO社の加湿器殺菌剤が原因であると判明したが、その他の加湿器殺菌剤の後発メーカー（W加湿器殺菌剤〔Lマー卜PB製品〕、H加湿器殺菌剤、C加湿器殺菌剤）も、本事件死傷の原因として特定された。そこで、第1審と第2審とも、O社の社内の行為者の間だけではなく、O社と他の加湿器殺菌剤製造会社の行為者との間においてまで過失犯の共同正犯の理論を適用した。従来、「1つの建物」の建築や「1つのコンサート」の準備に関わる行為者の間に過失犯の共同正犯を認めることはあったものの、本件は、市場にある「一般の商品」の製造に関わる関係者について過失犯の共同正犯を認めたものであり、これまで検討してきた諸判決の中でも、最も広く過失犯の共同正犯を認めたものといえよう。すなわち、およそ、2種類以上の加湿器殺菌剤を使用して死亡した被害者について、どの殺菌剤が死亡に影響を与えたのかを証明することができないという状況がある中、「大量生産と大量消費を特徴とする現代産業社会では、競争関係にある複数の製造業者が

同一な形態の製版を製造・販売し、消費者が市中に流通されるさまざまな製品を使用することが当然に予定されている」ことを理由として、異なる製造会社に所属する被告人らの間にも、「本件各加湿器殺菌剤を消費者に共同で製造・販売する点を認識していた」として意思連絡を認めたのである。これは、これまで大法院が行為者間の過失犯の共同正犯を最も広く認めたと評価される、建物の崩壊事故などにおける「設計、施工、維持管理に関与するすべての人らはその建物がその用途に従って安全に建築されて使用されることで、その寿命を確保するという共同の目標と意思連絡の下にいるのであり」といった意思連絡よりも、さらに広い範囲で意思連絡を認めたものである。

判例がこのように非常に広い形で意思連絡を認め、過失の共同正犯を認めた背景には、以下のような事情があるものと考えられる。すなわち、傷害結果が生じた場合には、刑法263条（「独立行為が競合して傷害の結果を発生させた場合において原因たる行為が判明しないときには共同正犯の例による」とする）を適用して共同正犯として処罰できるが、被害者が死亡した場合には、刑法19条（同時または異時の独立行為が競合した場合に、その結果発生の原因たる行為が判明しないときには各行為を未遂犯として処罰する）による独立行為の競合が適用されることとなる。本件では、被害者が死亡しているため刑法263条を適用することはできず、刑法19条を適用するよりほかはないが、しかし業務上過失致死罪については未遂規定がないため、結局無罪としなければならないのである。このような結論は、被害者が負傷した場合には原因行為を明らかにできなくても業務上過失致傷罪が成立することを考えると不合理であるため、その不合理を回避するために過失の共同正犯が認められたのではないかと推測されるのである。



## 第8章 過失犯の共同正犯に関する日本の判例の検討

### 第1節 最高裁が過失の共同正犯を認めた最初の判決

---最高裁昭和28年1月23日判決<sup>75</sup>

#### 第1款 事案の概要

被告人Aは飲食店の責任者であり、Bの義理の父である。Bは、叔父のCから「ウイスキー」と称する液体（当該液体は「メタノール」約31～33%を含有しているものであった）を買い入れ、AとBが共同して経営する飲食店で販売したところ、これを飲んだ者のうち4名が死亡し、6名が中毒症状を示した。A及びBは、本液体の販売にあたって、本件液体が「メタノール」を含有しているのかを十分に検査する必要があったにもかかわらず、このような検査を行わなかったのである。

原審は、AとBの両名に、有毒飲食物等取締令<sup>76</sup>の1条<sup>77</sup>・4条1項後段<sup>78</sup>に違反するとし、刑法60条の適用の下に、各自を懲役3年に処する判決を言い渡した。これに対して被告人側は、「原判決の云ういわゆる不注意とは、営業者

---

<sup>75</sup> 最判昭和28・1・23 刑集7巻1号30頁（メタノール事件）。

<sup>76</sup> 本件で問題となった、有毒飲食物等取締令は、故意による有毒飲食物の販売や製造のみならず禁じ、きわめて広範な処罰範囲を予定しているものであった。

<sup>77</sup> 有毒飲食物等取締令の1条は次のように規定する。「メタノール又ハ4エチル鉛ヲ含有スル飲食物（1立方センチメートル中1ミリグラム以下ノメタノールヲ含有スルモノヲ除ク）ハ之ヲ販売、譲渡、製造又ハ所持スルコトヲ得ズ」

<sup>78</sup> 有毒飲食物等取締令の4条1項は次のように規定する。「第1条ノ規定ニ違反シタル者ハ3年以下ノ罰金ニ処ス。過失ニヨリ同条ノ規定ニ違反シタル者亦同シ」

として取扱上不注意であったというのか、即ち仕入を指すのか、それとも検査を受けずに販売したことが過失であるというのか、その何れを指すかは明瞭でないが、何れにしても被告等兩名に共同の犯罪即ち意思の通謀があったものと見たものであらうと思うけれども、素々過失を罰するということは注意義務の懈怠を罰することである。即ち、不作為に因る犯罪であるのである。従って二人以上の意思の通謀ということは理論上容れない観念である」、 「本件の如き場合に法律はどの程度の注意義務を業者に要請しているのか、即ち製造元又は卸売商人は当該飲食物に『メタノール』含有の有無或は適量を検査確認する義務ありというのか、之を小売した場合には更に其の小売商人にも同一の検査義務があるというのか、それとも1度検査確認があればそれで足りるのか、又この場合従業員の注意義務はどうあるべきか、これ等の点に付ては最高裁判所の判決例で明確にしておく必要があると思う」と主張し、上告した。

## 第2款 判 旨

最高裁は、「（原判決は）被告人兩名は、飲食店Aから仕入れた『ウイスキー』と称する液体には『メタノール』（メチルアルコール）を含有するかも判らないから、十分にこれを検査し、『メタノール』を含有しないことを確めた上で、客に販売すべきであったに拘らず、不注意にも何等の検査をせず、被告人兩名は、『意思を連絡して』本件液体を販売した事実を認定したのである。即ち、原判決は、被告人兩名の共同経営にかかる飲食店で、右のごとき出所の不確かな液体を客に販売するには『メタノール』を含有するか否かを十分に検査した上で、販売しなければならない義務のあることを判示し、被告人等はい

ずれも不注意にもこの義務を懈り，必要な検査もしないで，原判示液体は法定の除外量以上の『メタノール』を含有しないものと軽信してこれを客に販売した点において有毒飲食物等取締令4条1項後段にいわゆる『過失ニ因り違反シタル』ものと認めたものであることは原判文上明らかである。しかして，原判決の確定したところによれば，右飲食店は，被告人兩名の共同経営にかかるものであり，右の液体の販売についても，被告人等は，その意思を連絡して販売をしたというのであるから，此点において被告人兩名の間に共犯関係の成立を認めるのを相当とするのであって原判決がこれに対し刑法60条を適用したのは正当であって，所論のような違法ありとすることはできない」（下線は筆者）と述べて，有毒飲食物等取締令4条1項後段の共同正犯の成立を認めた<sup>79</sup>。

### 第3款 本判例の意義

本判決は，過失犯の共同正犯を否定していた大審院（大判明治44年3月16日刑録17輯380頁等）から，明らかに過失犯の共同正犯を認める見解に転じたものである<sup>80</sup>。本件は，業務上過失致死傷罪ではなく，有毒飲食物等取締令違反という過失挙動犯の共同正犯が問題となった事案である。この点から，本判決が有毒飲食物等取締令違反に関する個別的・具体的判断にすぎないとの見方<sup>81</sup>や，本判決からは「過失結果犯の典型である過失致死罪について最高裁がどの

---

<sup>79</sup> 本判決には、「過失犯には共同正犯を認むべきものではないと信ずるから，本件に刑法60条を適用した原判決は失当であり，論旨第2点は結局理由があるから原判決は破棄すべきものである」とする少数意見がある。

<sup>80</sup> 松原芳博『刑法総論〔第2版〕』（2017）466頁。

<sup>81</sup> 下村康正「過失犯の共同正犯と同時犯」警察研究第46巻第8号（1975）4頁。

ような態度を取るかは必ずしも明らかではなく、判例としての指導力は乏しい<sup>82</sup>とする評価もある。

また、本件事案に関しては、過失犯の共同正犯として捉えなくても、A・Bが過失により有毒な液体を「販売」したとみられるからA・Bを有毒飲食物等取締令違反の同時犯として処罰すれば足りるとする見解<sup>83</sup>、本件販売行為を共謀共同正犯の問題とみて、A・Bが液体販売について一心同体となった以上、両者は過失責任を負うとする見解<sup>84</sup>なども見られる。

他方において、本判決は、韓国判例が過失犯の共同正犯を認めた最初の事案<sup>85</sup>に影響を与えた判例としても評価されている<sup>86</sup>。これは、最高裁が行為者間の「その意思を連絡して」行った行為から過失犯の共同正犯を認めた点が、韓国の大法院が「2人以上の者がある過失行為を互いの意思連絡の下で行い犯罪の結果を発生させたのであれば、過失犯の共同正犯が成立する」として意思連絡要件を用いて過失犯の共同正犯を認めたことと類似しているからであると推測される。

日本の最高裁は、「被告人兩名の共同経営にかかるものであり、右の液体の販売についても、被告人等は、その意思を連絡して販売をした」としている。すなわちAとBが飲食店を共同経営することは、店の経営に関する仕入れや販売などを共同することを意味し、液体の販売に関する了解（意思連絡）も含ま

---

<sup>82</sup> 曾根・前掲注(20)584頁。

<sup>83</sup> 中森喜彦「過失の共同正犯」法学セミナー265号（1977）79頁、曾根・前掲注(20)584頁など。

<sup>84</sup> 井上正治『判例にあらわれた過失犯の理論〔第3版〕』（1965）324頁。

<sup>85</sup> 大法院 1962年3月29日 4294형상598判決。

<sup>86</sup> 김일수・前掲注(17)284頁。

れているとみられるのである。たとえば、Bが不在中なので、Aが客に飲食を販売している場合であっても、販売する飲食が衛生上・安全上の問題のないものであることは、継続・反復的に飲食店を運営する中でAとBの間における明示的・黙示的意思連絡の内容となっていると解することができよう。そこで、「メタノール含有量が不明な液体」を販売したことは、AとBの意思連絡下の行為（ウイスキーの販売）における過失行為（メタノールの含有量を検査せずに販売した行為）であるため、過失犯の共同正犯を認めたと考えられる。このように、「意思連絡下で行う行為」により、過失結果が発生した場合、意思連絡のある者すべてを過失犯の共同正犯とすることは韓国の判例と類似する部分があると考えられる。とはいえ、韓国の判例は、過失結果発生 of 直接原因たる過失行為（例えば、飲酒運転、無謀な運転など）に焦点を合わせ、その過失行為に対する行為者間の意思連絡の有無を検討するので、意思連絡の対象行為がかなり狭いのに対し、本件事案における意思連絡は韓国のそれよりやや広く認められると考えられるのである。

## 第2節 過失犯の共同正犯に関する下級審裁判例

---昭和30年から40年代の裁判例

### 第1款 素焼こんろ事件（名古屋高裁昭和31年10月22日判決<sup>87</sup>）

#### 第1項 事案の概要

AとBはコンロの設備のない事務室で、湯茶を沸かすため、火種を絶やさないう程度に炭火を保有してあったこんろを持ち込み、木炭を注入して火力を強め約1時間半にわたり煮炊きを継続した。煮炊きが終了した後、AとBは、直ちに残火の始末をせず、1個のこんろの残火を他方のこんろに移した後、残火が移されたこんろに2升入りの湯沸しをかけた。AとBは退庁の際、こんろ内に大豆大の残火2、3個があるのを認めたが、危険はあるまいと軽信して消火などの措置をせず退庁した。その後、こんろの炭火からラワン材敷台の過熱による発火で火災が発生した。

#### 第2項 判 旨

第2審裁判所は、「被告人兩名は共同して素焼こんろ2個を床板の上におき之を使用して煮炊を為したものであり過熱発火を防止する措置についても被告人等は共に右措置を為さずして帰宅したと謂ふのであるから此の点に於いて被告人兩名の内に共犯関係の成立を認めるのを相当とするのである。されば原判決が之に対し刑法第60条を適用したのは正当であって所論の如き法令の適用に誤はなく論旨は理由がない。」とし、A・B兩名に失火罪の共同正犯を認めた。

---

<sup>87</sup> 高刑裁特3巻21号1007頁。

## 第2款 観光船無断運航事件（佐世保簡裁昭和36年8月3日略式命令<sup>88</sup>）

### 第1項 事案の概要

米海軍佐世保基地米国海兵隊所属の海兵隊員たるAとBは、佐世保市内の観光棧橋に繋留中の佐世保市企業局交通部所属のディーゼルエンジン付き観光船を見つけ、酔余好奇心からこれを運航しようとして企てて、同船に乗り込んだ。両者はこの種の船舶の運航の経験がないにもかかわらず、Aが操舵を、Bが機関部の操作を行い、船を運航した。しかしながら、Aの操舵ミスにより、同船を棧橋より約200m西方の対岸に衝突・座礁させ、船体付属品の脱落や破損、船体のひずみ等を生じさせた。

### 第2項 命令要旨

裁判所は、「兩名共この種船舶運航の技能も経験もなく、且つ同所附近は屈曲の多い海岸線のある危険海面でもあるので、衝突、座礁等の事故発生が充分予想されたのであるから自らこれを運航すべきでないのに拘らず、不注意にも被告人Aは同船の操舵を、同Bはその機関部の操作をなし兩名共同して同船を運航した過失によりその操舵を誤り、同船を右棧橋より西方約200米の対岸に衝突座礁させ、前記無謀操舵並びに衝突により同船に対しダリンドメピンの脱落、キール包板船首在下部金物の各破損船体のひずみ等を生ぜしめ以て一時航行を不能ならしめて同船を破壊したものである」（下線は筆者）とし、AとBとに過失往来妨害罪の共同正犯の成立を認めた。

---

<sup>88</sup> 下刑集3巻7・8号816頁。

### 第3款 屋上喫煙事件（秋田地裁昭和40年3月31日判決<sup>89</sup>）

#### 第1項 事案の概要

Aは、工事責任者として秋田県庁正庁部分の屋根のトタン板葺替工事に従事し従業員B・Cらを指揮監督する者であった。本件事故当時には、異常高温現象でかつ風を伴っていて、しかも工事現場の桎板などはきわめて乾燥していた。このような状況で、Aは、作業開始以来従業員に対し屋上での喫煙を禁止せずに放置し、なお、自らも屋上で喫煙していた。そこで、A・B・Cいずれかの煙草の吸殻の一部が風のため桎板に達して着火することで、県庁庁舎および県議会議事堂の一部を焼毀した。

#### 第2項 判 旨

秋田地裁は、「被告人のような工事責任者としては自ら屋上での喫煙を慎むばかりでなくその配下の従業員に対しても予め屋上での喫煙を禁止するなどして、火災の発生を未然に防止すべき義務を有することは明らかであり、特に被告人は前々から父Dから作業所での喫煙について火災の危険のあることを注意され、また以前に秋田県立中央病院の屋根の葺替作業中屋上で喫煙したため秋田県庁建築課員から注意をうけたこともあって、被告人としては重々右の注意義務を認識していたにも拘らず、これを怠り、作業開始の同月10日以来被告人は、前記従業員に対し屋上での喫煙を禁止せず、むしろこれを放置し、また自らも屋上で屢々喫煙していたため、従業員の火気に対する注意心を弛緩せしめ、その結果、…(省略)…Bをして不注意にも中央棟北面附近で喫煙するに至ら

---

<sup>89</sup> 判例タイムズ131号166頁以下。



しめ、更に、…(省略)…Cが中央棟の正庁寄りの棟附近で喫煙しているのを現認しながらこれを制止しなかったばかりか被告人自らも、…(省略)…喫煙した重大な過失により、右3名いずれかの喫煙による煙草の吸殻又は破片の一部が風のため中央線の屋根瓦の隙間などからその下葺の桎板に達しこれに着火せしめて、火を失し、…(省略)…、人の現在する前記県庁々舎及び県議会議事堂各1棟の一部延2, 208坪（損害合計1億5920万円相当）を焼燬したものである。」とし、Aの過失を認めた。そして、「検察官は、被告人はB及びCと意思を通じ、同人等と共同して喫煙した重大な過失により本件火災を惹起したものであって、被告人等3名について過失の共同正犯が成立するという見解をとっているが、被告人と右B等との間に屋上工事についての共同目的ないし共同行為関係というものは存したが、喫煙については、たんに時と場所を同じくしたという偶然な関係があるにすぎなく、これらの者が喫煙について意思を通じ合ったとか、共同の目的で喫煙をしたというような関係があったとみることはできなく、本件について、過失の共同正犯の理論を適用するのは相当でない」（下線は筆者）とし、工事責任者であるAのみに重失火罪を認めた。

## 第4款 四条踏切事件（京都地裁昭和40年5月10日判決<sup>90</sup>）

### 第1項 事案の概要

本件事故場所である四条踏切では、相番の踏切警手が踏切道における列車予定時刻の約5分前から踏切道に立ち、本番の踏切警手は踏切近くの保安係詰所内で、列車接近表示器や反射用鏡等によりそれぞれ列車の接近を確認することとなっていた。そこで、列車の接近を確認したときは、互いに手笛等でその旨を通知しあい、本番は相番の合図により踏切道に設置してある交通信号灯を青色から黄色を経て赤色に切りかえた後、踏切道の遮断機を閉鎖する措置を講ずるのであった。

本件事故当日は、A（四条踏切で踏切警手の業務を担当する者）が相番を、B（線路工手のかたわら、しばしば踏切保安係代務者として四条踏切における踏切警手の業務を担当した者）が本番であったが、踏切付近の濃霧のためかなり視界を妨げられていた。さらに、踏切を通過する予定の列車が2分30秒ぐらい遅れず、列車がいつ踏切を通過するかもしれない状況であった。そこで、相番のAは、列車が相当遅延するものと軽信して線路上の注視を怠り、本番のBも列車接近表示器が正常に作動するものと軽信していたため、両者とも列車の警笛にさえ気づかなかった。その結果、交通信号灯の切りかえや遮断機の閉鎖等の措置を講ずることができず、踏切内に進入した自動車と列車とが衝突したことにより、自動車の運転手が死亡した。

---

<sup>90</sup> 下刑集7巻5号855頁，判例時報436号64頁。

## 第2項 判 旨

京都地裁は、「被告人Aは、相番として列車接近の確認につとめ、これを確認したときは本番である被告人Bにその旨を合図し、且つ、交通信号灯の切りかえや遮断機閉鎖の時期をも合図によって知らせること等を分担し、被告人Bは、本番として列車接近表示器の作動を見守り、または相番からの合図によって列車接近の確認につとめ、これを確認したときは相番である被告人Aにその旨を合図し、且つ被告人Bからの合図によって、交通信号灯の切りかえや遮断機閉鎖の措置を講ずること等を分担し、もって、被告人両名が相互に協力して踏切道における交通の安全を確保することにつとめていたのであるから、被告人両名のそれぞれの注意義務をつくすことによって1つの結果到達に寄与すべき行為の或る部分が、相互的意識のもとに共同でなされたものであることは、優にこれを認めることができる。」とし、AとBに業務上過失致死罪の共同正犯を認めた。

## 第5款 小 括

以下においては、上記で整理した昭和30年・40年代の裁判例を検討することにより、裁判所がどのような論理構成をもって過失犯の共同正犯を認めているのかを検討することとしたい。

まず、「素焼こんろ事件」において、裁判所は、「被告人両名は共同して素焼こんろ2個を床板の上におき之を使用して煮炊を為したものであり過熱発火を防止する措置についても被告人等は共に右措置を為さずして帰宅したと謂ふのであるから」とした。両名が共同してこんろを使ったのに過熱発火を防止す

る措置をとらなかったことから共犯関係の成立を認めたと考えられる<sup>91</sup>。本事件において、原審は「意思を連絡して」素焼こんろを使用し完全に消火する措置をとらないで帰宅したことを認定したとされているものの、名古屋高裁判決では「意思連絡」に関する記述は特に見当たらない。また、「観光船無断運航事件」<sup>92</sup>では、裁判所は「両名共同して同船を運航した過失」により結果が発生したことから過失犯の共同正犯を認めた。ここでも「意思連絡」に関する記述は特に見られない。

これに対し、「屋上喫煙事件」では、「被告人と右B等との間に屋上工事についての共同目的ないし共同行為関係は存在したが、喫煙については、単に時と場所を同じくしたという偶然な関係があるにすぎず、これらの者が喫煙について意思を通じ合ったとか、共同の目的で喫煙をしたというような関係があったとみることはできな」とし、工事責任者のみに重失火罪の成立を認めた。このような結論に対しては、学説の評価が対立している。まず、作業員2名の間に共同正犯が成立しうるものの、工事責任者と従業員においては、その法的地位の相違から、共同正犯を認めることができないとする見解<sup>93</sup>と、意思連絡を必要とする過失犯の共同正犯肯定説の立場（犯罪共同説を基礎とする過失犯

---

<sup>91</sup> ここで、可罰評価の対象となる行為をどのように把握するののかに関して、学説上見解が分かれている。まず、素焼こんろを過熱したまま、床の上に置くことに違法性があるとする見解（井上・前掲注（84）324頁）は、本件事故の実行行為を作為犯として理解する。他方、発火の危険があるのに、こんろの使用後、炭火が完全に消火したことを確認しないで帰宅したことに違法性があるとする見解（長井圓「刑事判例研究（7）——業務上過失致死罪（過失不作為）の共同正犯が否定された事例——」神奈川法学13巻1号〔1978年〕94頁）は、実行行為を不作為として理解する。

<sup>92</sup> 本件事故は、略式命令であるため、詳細な理由は明示されていない。

<sup>93</sup> 大塚仁「過失犯の共同正犯の成立要件」法曹時報43巻6号（1991）1293頁。

の共同正犯肯定説) から裁判所が過失犯の共同正犯を否定したのは妥当であると評価する見解<sup>94</sup>がある。他方で、行為共同説に依拠しつつ意思連絡を不要として過失犯の共同正犯を肯定する見解からは、従業員らの火気に対する注意心を弛緩させたとして、工事責任者について片面的過失犯の共同正犯を認めることが可能であろう。私見としては、本件事故における喫煙行為(本件行為類型は、第9章末尾の【図1】の類型1に該当すると考える)が、各行為者の意思連絡により「創出」された行為であるとは思えないので過失犯の共同正犯は成立し得ないと考える。もっとも、本件事案において興味深いのは、行為者間に「屋上工事についての共同目的ないし共同行為関係というものは存」と認められたことである。これは、各行為者の間には「屋上工事」という共同の目標に関する意思連絡を認めたと考えられる。このように「客観的共同目標」に注目して意思連絡を認めることは、過失犯の共同正犯に関する韓国の1990年代の判例において見られる理論構成に類似しているといえよう。

最後に、「四条踏切事件」については、裁判所は「被告人両名が相互に協力して踏切道における交通の安全を確保することにつとめていた」とし、「被告人両名のそれぞれの注意義務をつくすことによって1つの結果到達に寄与すべき行為の或る部分が、相互的意識のもとに共同でなされたものであること」から、行為者間の過失犯の共同正犯を認めた。本判決については、AとBの両名が、それぞれの注意義務を尽くさなかったのであるから、同時犯として処罰しうると指摘するものがある<sup>95</sup>。しかし、本件事案について、「四条踏切の安全の確保」という「共同の目標」があり、それを達成するためには、AとBの協

---

<sup>94</sup> 佐藤文哉『刑事訴訟法判例百選〔第6版〕』(1992)185頁。

<sup>95</sup> 長井・前掲注(91)95頁。

力が前提されなければならないと理解するならば、AとBとの間には共同の目標に対する意思連絡があり、両者はそれぞれ注意義務を有しているといえよう。そうすると、AとBがそれぞれ本番と相番という内容の異なる職務行為を担当していたとしても、両者に過失結果に関する注意義務がある限りで過失犯の共同正犯を肯定できる。裁判所の判断には理由があると考ええる。

以上、昭和30年・40年代の裁判例の傾向を概観したが、これらの下級審裁判例から過失犯の共同正犯に関する共通の成立要素を抽出することは困難であると思われる。上述のとおり、最初に過失犯の共同正犯を認めた最高裁判例では「その意思を連絡して」として意思連絡を求めている。しかし、その後の下級審裁判例では、意思連絡を要求しているのかが必ずしも明確ではない。

### 第3節 過失犯の共同正犯に関する下級審裁判例

---昭和50年から60年代の裁判例

#### 第1款 アドバルーン事件（越谷簡裁昭和51年10月25日判決<sup>96</sup>）

##### 第1項 事案の概要

アドバルーンの掲揚による建売住宅の宣伝を請け負ったA（アドバルーンの宣伝を業務とする会社の社長）は、アルバイト学生B（アドバルーンの掲揚取扱いについて4年の経験があるベテランである）とともに、アドバルーンの掲揚設備を整えた後、Bに対して、2日後と4日後にアドバルーンを掲揚すること、3日目はアドバルーンを地上に繫留させ、監視することを指示して帰宅した。Bは、2日目にアドバルーンを掲揚した後に繫留したが、その際に、アドバルーンを網で覆うのみでアドバルーン内部の水素ガスを抜かないまま<sup>97</sup>帰宅した。3日目、Bは全部で4回アドバルーンの監視に訪れた。4度目の監視の際に、潰れているアドバルーンの中に子供が2人入っていることを発見し、被害者の救出措置を講じたものの、両名は酸素欠乏症により死亡した。本件事故に対して、Bの過失のほか、適切な事故防止措置を講じなかったAの過失もあるとされ、両名は、業務上過失致死罪で起訴された。

---

<sup>96</sup> 判例時報846号128頁。

<sup>97</sup> アドバルーンを繫留する際に水素ガスを抜くか否かの判断はBの独自で行っていた。

## 第2項 裁判の経過

越谷簡裁は、まず、「過失犯においても共同正犯が成立することは、幾多の判例で判示されているところである。過失の共同正犯も正犯であるから、1個の犯罪実現に数人の行為者があった場合彼等を共同正犯とするためには、当該犯罪が彼等の共同で実行されたという評価がなされなければならない、この場合共同実行という概念には次の2つの型が考えられる。それは、共同行為者のおのおのが他人の協力を待つまでもなく彼自身の行為によってそれぞれ当該犯罪構成要件に予定された実行々為を完成するいわゆる不真正の共同正犯と共同行為者が共同することによって一体となっはじめて実行々為が完成するいわゆる真正の共同正犯である（同旨内田文昭著刑法における過失共働の理論5頁参照）。両者とも、共同で犯罪を実行しようという相互的な意思の連絡なしには共同正犯は成立しないが、過失犯の特質から考えて、共同で犯罪を実行しようという意思の連絡なしでも、共同行為者のそれぞれが各自不注意な行為に出でてそれぞれの不注意が相互に影響しあうことにより全体として1個の不注意が形成され、それにもとづく結果が発生したという評価が下される場合には過失犯の共同正犯が成立すると考えられる。……これを本件事故で検討してみると、前記認定の如く、本件事故当時Aは本件事故現場にはいなかったこと、AはBに、…(省略)…、アドバルーンの掲揚と、繫留する場合の監視を指示したこと、Bは、…(省略)…、アドバルーンの繫留について、…(省略)…、Aの妻に電話連絡したこと、Aはアドバルーンの繫留について水素ガスを抜くか抜かないかは独自の判断でやっていたことAは事故発生日にアドバルーンの繫留場所に4回しか監視に訪れなかったことが認められるので、共同実行の相互的な意思の連絡があったとは認められないうえ、AとBがそれぞれの不注意な行



為に出でそれぞれの不注意が相互に影響しあうことによって全体として1個の不注意が形成され、それに基づいて結果が発生したとも評価することはできない」として、過失犯の共同正犯の成立を否定した。

さらに、裁判所は、「業務の執行を管理する者がその業務の執行に従業員に委ねた後従業員の業務の執行について刑事上の過失責任を問われるためには、従業員の業務の執行が未熟であるとか、その者の業務の執行が事故発生につながるものが明らかに予想され、従業員の業務の執行を中止させ自ら業務の執行にあたるのが相当とするような事情のあった場合、あるいは、管理者が従業員に対し適切な指示助言により事故の発生を避けることができる性質のものであったというような特殊な事情を必要とすると解され、…(省略)…、管理者の不注意が従業員の不注意と同格の関係において結果発生へと一体化していることを要し、相互に同格の形において不注意を促進しあい影響しあうことが必要」であるが、当該事案に関しては、そのような「特殊な事情が認められず、かつ被告人の不注意とAの不注意とが同格の関係において結果発生へと一体化しているとは評価することができず、むしろ、Aの不注意の方が重いと認めるのが相当」であるとし、Aの監督過失を否定し、無罪を言い渡したのであった。

## 第2款 電気溶接工事中に発生した火災事故

(名古屋高裁昭和61年9月30日判決<sup>98</sup>)

### 第1項 事案の概要

AとBは、電気溶接機を使用して天井部のH鋼梁に、これを支えるH鋼間柱の上部を溶接して固定する作業を、一方が底の上で溶接し、その間、他方が地上で火花の飛散状況を監視することを交替で行った。電気溶接作業を行う周辺には、ベニヤ板などの可燃物が散在していたが、A・Bは、可燃物が燃焼しないようにする如何なる措置もせず、溶接作業を開始した。そして、電気溶接の際発生する輻射熱や火花などにより可燃物が発火し、工事現場たる料理旅館の食堂の一部を焼燬した。第1審判決は、AとBに対して、それぞれ各自の注意義務を怠ったため本件火災が生じたとし、両者に業務上失火罪の同時犯を認めしたが、被告人側が控訴した。

### 第2項 判 旨

第2審判決は、火災について被告人のうちのいずれが行った溶接作業に起因するものであるかを明らかにすることはできないとした。すなわち、「原審で取り調べられた全証拠を検討しても、本件火災が被告人両名のいずれの溶接作業に起因するものであるかという点を明らかにし得る資料は見当たらないのであるから、仮に被告人両名が各自原判示のような注意義務を（抽象的に）負っているとしても、これと本件火災との間に因果関係があること、換言すれば本

---

<sup>98</sup> 判例時報1224号137頁。

件火災の発生を回避するために被告人両名が各自原判示のような具体的注意義務を負っていることの証明がないといわざるを得ない。更に、原判決は、本件溶接作業により飛散した火花（スパッタ）が本件梁（そのうちH鋼間柱をはめ込むために削られた部位付近）に着火したことにより本件火災が生じた旨認定判示しているけれども、原審で取り調べられた各証拠によれば、本件溶接作業の際発生した熱又は火花（スパッタ）などのため右溶接箇所周辺の可燃物が燃え出したことにより本件火災が生じたことの認められることは後述のとおりであるが、それ以上にこの発火が火花から可燃物への着火であることとか右着火が本件梁への着火であることとか本件梁への着火が本件火災の発端であることとかの諸点（したがって、スパッタが本件梁に着火することのないように遮へい措置をしなければならないという業務上の注意義務が——そしてこれのみが——あること）はいずれもこれを認めるに足りる証拠がない。…(省略)…最後に、原判決は、被告人両名の各過失の1つとして（いわゆる段階的過失論によれば、これのみが過失を構成するものとして）、被告人両名が本件溶接作業終了後も『ばけつ1杯の水を右溶接箇所に掛けたのみで異常の有無を何ら確認することなくその場を離れた過失により』本件火災が生じた旨認定判示しているけれども、前記各証拠によれば、当裁判所の後記認定のとおり燃え出した前記可燃物が被告人両名からは視認できない場所にあり、しかも、右発火後の火の回りが極めて早かったことが認められ、したがって仮に被告人両名が各自原判示のような『監視』や『確認』を十分にしていたとしても、被告人両名が『異常』に気付いたときには本件火災の発生（旧館焼燬）を回避しえなかったという合理的疑惑をぬぐい切れない」とした。そして、「被告人両名の行った本件溶接作業…(省略)…は、まさに同一機会に同一場所で…(省略)…溶接

固定するという1つの目的に向けられた作業をほぼ対等の立場で交互に（交替して）一方が、溶接し、他方が監視するという方法で2人が一体となって協力して行った（一方が他方の動作を利用して行った）ものであり」、「被告人兩名の間には、…(省略)…遮へい措置を講じないまま本件溶接作業を始めても、作業中に一方が溶接し他方が監視し作業終了後に溶接箇所にはげつ1杯の水を掛ければ大丈夫である（可燃物への着火の危険性はない）からこのまま本件溶接作業にとりかかろうと考えていること（予見義務違反の心理状態）について  
の相互の意思連絡の下に本件溶接作業という1つの実質的危険行為を共同して  
（危険防止の対策上も相互に相手の動作を利用し補充しあうという共同実行意思の下に共同して）本件溶接作業を遂行したものと認められる。つまり、被告人兩名は、単に職場の同僚としてあらかじめ前記措置を講ずることなくして前記危険な溶接作業（実質的危険行為）をそれぞれ独立に行ったというものではない。このような場合、被告人兩名は、共同の注意義務違反行為の所産としての本件火災について、業務上失火の同時犯ではなく、その共同正犯としての責任を負うべきものと解するのが相当である」（下線は筆者）として原判決を破棄し、業務上失火罪の共同正犯を認めたのである。

### 第3款 小 括

アドバルーン事件は、過失犯の共同正犯が否定された例であるが、過失犯の共同正犯の成立要件について論じている。興味深いのは、「共同で犯罪を実行しようという相互的な意思の連絡なしには共同正犯は成立しないが、過失犯の特質から考えて、共同で犯罪を実行しようという意思連絡なしでも、共同行為者のそれぞれが各自不注意な行為に出でてそれぞれの不注意が相互に影響しあ

うことにより全体として1個の不注意が形成され、それにもとづく結果が発生したという評価が下される場合には過失犯の共同正犯が成立する」（下線は筆者）とし、過失犯の場合、意思連絡がなくても共同正犯が成立し得ることを明示しているように見える点である。しかし、本判例のいう「意思連絡」は「特定の犯罪を実行する」ことに関する意思連絡（故意犯の共同正犯における意思連絡）であるように解される。過失犯にこの意味における意思連絡という概念は成立し得ないことについては、過失犯の共同正犯の否定説はもちろん、肯定説も認めているところである。したがって、本判決が「意思連絡なしでも」というのは、過失犯の共同の場合に考えられる「意思連絡」までを否定する趣旨ではないであろう。というのも、「共同行為者のそれぞれが各自不注意な行為に出でてそれぞれの不注意が相互に影響しあうことにより全体として1個の不注意が形成」することは、過失犯の共同の場合に考えられる意思連絡なしに生じ得ることではないと思われるからである<sup>99</sup>。

他方、電気溶接工事中に発生した火災事故のケースでは、過失犯の共同正犯の成立に関して、「このまま本件溶接作業にとりかかろうと考えていること（予見義務違反の心理状態）についての相互の意思連絡の下」に「本件溶接作業という1つの実質的危険行為を共同し」たため過失犯の共同正犯が認められるとしており、意思連絡要件がその成立に必要であることを明らかとしている。

---

<sup>99</sup> そもそも、本事案は、過失犯の共同正犯ではなく、いわゆる監督過失を問題とすれば足りる事案だったとするのは、内海朋子『過失共同正犯について』（2013）23頁である。

## 第4節 過失犯の共同正犯に関する下級審裁判例

---平成以降の裁判例

### 第1款 世田谷通信ケーブル火災事件

(東京地裁平成4年1月23日判決<sup>100</sup>)

#### 第1項 事案の概要

被告人AとBはいずれも通信線路工事の設計施工等を目的とする会社の線路部門担当作業員であった。両者は、世田谷電話局の地下から約130mの地下洞道において、電話ケーブルの接続部を被覆している鉛管をトーチランプの炎により溶解開披して断線探索作業を共同して行ううち、断線箇所を発見し洞道外に退出して修理方法等を検討することとした。その際に、それぞれが使用していたトーチランプの消火を十分確認せず、その場を立ち去った。しかし、2個のトーチランプのうち1個が点火されたままの状態にあって、そこから、炎が防護シート等に着火し電話ケーブル等に延焼した。

#### 第2項 判 旨

裁判所は、「被告人兩名は、右の断線箇所を発見した後、その修理方法等を検討するため、一時、第2現場を立ち去るに当たり、被告人Aにおいて、前回の探索の際に断線箇所を発見できなかった責任を感じ、精神的に動揺した状態にあったとはいえ、なお被告人兩名においては、冷静に前記共同の注意義務を

---

<sup>100</sup> 判例時報1419号133頁。

履行すべき立場に置かれていたにも拘らず、これを怠り、前記2個のトーチランプの火が完全に消火しているか否かにつき、なんら相互の確認をすることなく、トーチランプをI Yケーブルの下段の電話ケーブルを保護するための防護シートに近接する位置に置いたまま、被告人両名が共に同所を立ち去ったものであり、この点において、被告人両名が過失行為を共同して行ったことが明らかであるといわなければならない。」とし、「以上の理由により、もとよりいわゆる過失犯の共同正犯の成否等に関しては議論の存するところであるが、本件のごとく、社会生活上危険かつ重大な結果の発生することが予想される場合においては、相互利用・補充による共同の注意義務を負う共同作業者が現に存在するところであり、しかもその共同作業者間において、その注意義務を怠った共同の行為があると認められる場合には、その共同作業者全員に対し過失犯の共同正犯の成立を認めた上、発生した結果全体につき共同正犯者としての刑事責任を負わしめることは、なんら刑法上の責任主義に反するものではないと思料する。」とし、A・Bに業務上失火罪の共同正犯を認めた。

## 第2款 ニセコアンヌプリ「春の滝」雪崩遭難事件

(札幌地方裁判所小樽支部平成12年3月21日判決<sup>101</sup>)

### 第1項 事案の概要

被告人AとBは、勤務先の企画開催するスノーシューによる雪上散策の有料ツアーのガイドとして参加者を引率するに当たり、業務上の注意を怠り<sup>102</sup>、雪崩危険区域とされている方面を行程に選択した上、雪崩の通過地域となるような、通称「春の滝」沢筋を休憩場所とした。そのとき、休憩地点付近の急斜面で発生し流下してきた雪崩で、本件ツアー参加者1名が負傷し、他1名が死亡した。

### 第2項 判 旨

裁判所は、被告人らの行為は、雪崩の発生およびそれに伴う遭難という結果の予見可能性及び予見義務が具体的に肯定される状況の下で、業務の性質上共同して負っていたツアー参加者の死傷結果を回避すべき注意義務に違反したものであり、また、被告人らの争う結果回避可能性も過失行為と結果との間の因果関係もあるとしたい。そして、「被告人両名は、共同して、前記のとおり

---

<sup>101</sup> 判例時報1727号172頁。

<sup>102</sup> 当時、ニセコアンヌプリ山付近においては大量の降雪及び積雪量の増加が続き、同日朝より札幌管区气象台から大雪・雪崩注意報も発令されていたのであるから、引率者である被告人両名としては、雪崩発生の危険がある区域への立ち入りを避けることはもちろん、発生した雪崩の通過地域となるような樹木の疎らな沢筋等を避けて、雪崩による遭難事故のおそれのない樹木の密生した小高い林等を行程として選定するなど、共同して雪崩による遭難事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があったとした。



「春の滝」の方面を目的地として出発した上、上方で雪崩が発生した場合その通過地域となるおそれのある沢筋の判示の本件休憩地点に被害者らを休憩させ本件雪崩に巻き込ませたのであるから、前記1の業務上の注意義務を共同して怠ったといわざるを得ず、被告人兩名に判示のとおり共同して過失責任があることは明らかである」（下線は筆者）とし、被告人兩名に業務上過失致死傷罪の共同正犯を認めた。

### 第3款 肝腫瘍切除手術事件（奈良地方裁判所平成24年6月22日判決<sup>103</sup>）

#### 第1項 事案の概要

被告人である医者A（X病院の院長）と医者B（X病院の常勤医師）は、X病院に入院中のDの肝腫瘍（以下「本件腫瘍」という）の治療を行うに際し、本件腫瘍が肝臓がんであると誤診した。AとBは、業務上の注意義務を怠り、専門外である肝切除術を安全に実施できるものと轻信し<sup>104</sup>、B及び看護師2名の計4名という不十分な人員態勢のまま、本件手術を実施した。本件手術過程において、肝静脈等を損傷して大出血をさせ、適切な止血処理を行うこともできず、大量の出血によりDを死亡させた。

---

<sup>103</sup> 判例タイムズ1406号363頁。

<sup>104</sup> 一般に、そのような部位の切除手術は、肝静脈損傷等による大出血の危険を伴う高度の専門性を有するもので、そのような切除手術を実施するには、肝臓外科医等の専門医が適切な手術方法によって実施するとともに、大出血等の急変に備えて手術中の患者の血圧脈拍等を管理し、迅速的確な止血処理が行えるようにするための十分な人員態勢を確保して実施すべきであるが、被告人及びCは、肝臓外科の専門医ではない上、肝臓の切除手術の執刀経験は皆無であった。

## 第2項 判 旨

裁判所は、「本件手術では、Aが執刀医と麻酔医を兼ねる形であったこと、AやBが、看護師らに対し、本件手術が簡単な手術なので輸血は必要ない旨述べ、Aが外部専門医を招聘する必要性を否定し、事前カンファレンスも実施しないまま本件手術を行ったことなどからすれば、A及びBは、いずれも、前記のような態勢で本件腫瘍の切除術が安全に実施できるものと軽信してその旨意思を通じていたことが認められ、不十分な人員態勢のまま、本件手術を開始したという前記注意義務に違反する共同過失行為があったと認定される。なお、弁護人は、執刀医は主治医であったBである旨主張するが、A自身の公判供述によっても、本件手術において実際に被害者の肝臓を切除したのは主にAであったと認められ、『執刀医』の概念いかんが前記認定を左右することはない。」(下線は筆者)とし、AとB両名の業務上の共同注意義務違反を認め、業務上過失致死罪の共同正犯を認めた。

## 第4款 小 括

昭和時代の下級審裁判例のいくつかは、過失犯の共同正犯の成否や成立する場合の要件を詳しく検討していたのに対し、特に、「ニセコアンヌプリ『春の滝』雪崩遭難事件」と「肝腫瘍切除手術事件」についての裁判例は、意思連絡に関する内容や共同正犯に関する詳細な検討を行うことなく過失犯の共同正犯を認めた。特に「ニセコアンヌプリ『春の滝』雪崩遭難事件」においては、意思連絡の存在が検討されることなく過失犯の共同正犯が認められた。平成に入ってから、意思連絡要件が過失犯の共同正犯の成立に必要かどうかについて統一的な見解はない状況である。そこで、特に広く注目された「世田谷通信ケ

ーブル火災事件」について補足的に注目に値するところを指摘しておくこととしたい。

本件事案につき、裁判所は、「社会生活上危険かつ重大な結果の発生することが予想される場合においては、相互利用・補充による共同の注意義務を負う共同作業者が現に存在するところであり、しかもその共同作業者間において、その注意義務を怠った共同の行為があると認められる場合」には過失犯の共同正犯が認められるとした。ここから、過失犯の共同正犯の成立を認めるにあたり、行為の危険性を重視していると見られる。学説の中には、本件の場合、社内その他における作業上の規定において共同作業に従事した者が使用した全部のトーチランプについて確認すべき旨が定められていたことに注目し、同時犯として処罰することが可能であったとする指摘もあった<sup>105</sup>。しかし、判例は、AとB両名に「冷静に前記共同の注意義務を履行すべき立場に置かれていた」とし、それにもかかわらず、「2個のトーチランプの火が完全に消火しているか否かにつき、相互の確認をすることなく、両名が共に同所を立ち去った」ことから、過失行為を共同して行ったと評価したのであった。

---

<sup>105</sup> 高橋則夫「過失の共同正犯が肯定された事例——世田谷通信ケーブル火災事件第1審判決」『平成4年度重要判例解説』（1993）172頁、松本一郎「過失の共同正犯」『刑法判例百選Ⅰ〔第4版〕』（1997）161頁、木村光江「過失の共同正犯」『刑法判例百選Ⅰ総論〔第5版〕』（2003）159頁は、相互的な監督義務違反により過失同時正犯の成立の可能性を認める。

## 第5節 明石歩道橋事故に関する最高裁決定<sup>106</sup>

### 第1款 事案の概要

2001年7月21日、明石市民夏まつりで開催された花火大会時に、花火大会が実施された公園と最寄駅を結ぶ歩道橋に多数の観客が過重密集した状態となり、群衆なだれにより死者11人、183人が負傷する事故が発生した。この事故について、花火大会を実質的に主催した明石市の担当者Aら3人のほか、明石警察署地域官で現地警備本部指揮官B、警備会社Xの大阪支社長Cの合計5人が業務上過失致死傷罪で起訴された。

Bは、明石警察署地域官として本件夏まつりの雑踏警備計画の企画・立案を掌理するほか夏まつりにおける現地警備本部指揮官として、現場において雑踏警戒班指揮官ら配下警察官を指揮して、参集者の安全を確保すべき業務に従事していた。本件事故当日、会場周辺には管区機動隊員72人を含め総勢150人以上の警察官が配置され、被告人Bは雑踏警戒班を指揮するのみならず、機動隊についても、明石警察署長らを介し、または直接要請することにより自己の判断でその出動を実現できる立場にあった。一方、Cは、警備業を営むX社の大阪支社長であり、夏まつりの実質的主催者である明石市とY社との契約に基づき明石市の行う夏まつりの自主警備の実施についての委託を受けて、夏まつりの会場警備に従事する警備員の統括責任者として、明石市の担当者らとともに参集者の安全を確保する警備体制を構築するほかこれに基づく警備を実施すべき業務に従事していた。本件当日Cは、総勢130人以上の警備員を統括してい

---

<sup>106</sup> 最決平成28・7・12 刑集70巻6号411頁。

た。この事故に関して、警察署副署長であった被告人Dは、不起訴処分となったが、平成16（2004）年法律第62号による改正検察審査会法に基づく、いわゆる強制起訴の最初の対象になった。これを受けて指定弁護士が平成22（2010）年4月20日、Dを業務上過失致死傷罪で起訴したため、時効との関係で、BとDとの間における過失犯の共同正犯の成立が新たに問題とされるに至ったのである。

## 第2款 裁判の経過

まず、第1審判決は被告人5名をいずれも有罪とし<sup>107</sup>、控訴審判決も4名の控訴を棄却した<sup>108</sup>。また、明石警察署地域官Bと警備会社支社長Cの2名が上告したところ、上告を棄却し、職権で被告人両名に対する業務上過失致死傷罪の成否について検討し、両名に有罪を言い渡した<sup>109</sup>。その後、Dが、改正検察審査会法に基づくいわゆる強制起訴の最初の対象になった。これを受けて指定弁護士が平成22年4月20日、Dを業務上過失致死傷罪で起訴した。しかし、本件事故による最終結果の発生から公訴時効が進行しており、公訴時効停止事由がない限り、公訴時効が完成するものであった。そこで指定弁護士は、被告人DとBは刑訴法254条2項にいう「共犯」関係であるとし、公訴時効が停止すると主張した。

訴因との関係での指定弁護士の主張は、以下の通りである。まず、本位的訴

---

<sup>107</sup> 神戸地判平成16・12・17 刑集64巻4号501頁。

<sup>108</sup> 大阪高判平成19・4・6 刑集64巻4号623頁。

<sup>109</sup> 最高裁決平成22・5・31 刑集64巻4号447頁。

因では、「Bは現地において、被告人Dは警察署本部において、それぞれ雑路警備の状況を的確に把握できる立場にあったことから、本件歩道橋において警察官による規制を必要とする程度の過密な滞留が生じ、雑路時効発生の危険が現実化しそうな場合に適切に対応するため、自ら又は配下警察官をして歩道橋へ参集者の流入・滞留状況や配下警察官による雑路警備の状況実施を常時監視し、その危険が現実化しつつあった同日午後7時30分ころから午後8時10分ころまでの間に、警備会社と連携し、又は、本件夏まつり当日の警備に従事する警察官に指示して、参集者の迂回路への誘導や群衆の分断等により、本件歩道橋南側階段下からJR朝霧駅へ向かう参集者の流入阻止を中核として、本件歩道橋内への流入規制を実施し、又はG<sup>110</sup>に進言して実施せしめ、もって、Bと共同して雑路事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があったにもかかわらず、そのような事故は発生しないと轻信してこれを怠り、Bとともに漫然放置した」というのである。他方、予備的訴因については、「本件事故を防止するために、被告人Dは、Bとともに、本件夏まつり当日までに、本件夏まつりに関する明石署の雑路警備設計において、本件歩道橋を警備要点として指定するとともに、花火大会開始前からの参集者の迂回路への誘導や群衆の分断による本件歩道橋への流入規制等の具体的な危険防止措置と、かかる危険防止措置を講じるための警備部隊の編成及び任務を自ら策定し、又はGに進言して策定せしめ、もしくは配下警察官をして作成せしめたうえ、その実施を本件夏まつり当日の警備に従事する警察官に周知徹底させ、もってBと共同して、雑路事故の発生を未然に防止する体制を構築すべき業務上の注意義務があったにも

---

<sup>110</sup> 兵庫県警明石警察署の署長である。Gは、強制起訴決定当時すでに死亡していた。

かかわらず、これを怠り、Bとともに漫然放置した」というものである。

### 第3款 最高裁の決定要旨

最高裁は、「被告人DとB地域官が刑訴法254条2項にいう『共犯』に該当するというためには、DとB地域官に業務上過失致死傷罪の共同正犯が成立する必要がある」とし、「業務上過失致死傷罪の共同正犯が成立するためには、共同の業務上の注意義務に共同して違反したことが必要である」という一般論を前提として、DとBとの間では、分担する役割や事故発生の防止のために要求され得る行為が基本的に異なっており、業務上過失致死傷罪の共同正犯は成立しないとした。

### 第4款 本判例の意義

本決定は、過失犯の共同正犯の成立要件たる「共同義務の共同違反」という理論構成を最高裁判例として初めて承認したものである<sup>111</sup>。本件事案において、指定弁護士は訴因をみると、いずれも雑路警備の実施状況を常時監視して、自らGに進言して警察力を投入して本件歩道橋への流入を制限することや、雑路警備設計策定しの段階において本件歩道橋を警備要点に指定すること、かかる危険の措置を講じることなどを具体的内容とする「共同の注意義務」とその違反を主張していた。従来、下級審裁判例で、過失犯の共同正犯を認める基準の1つであった、共同注意義務の共同違反を最高裁も採用したものと見られる。

---

<sup>111</sup> 金子博「過失共同正犯論の現在——最高裁平成28年7月12日第三小法廷決定を契機として——」刑事法ジャーナル51号（2017）11頁を参照。

もつとも「具体的注意義務の共同」を肯定するための具体的判断のあり方は明らかでなく、それがどのようなものであるかを明らかにするという課題は残されているといえよう<sup>112</sup>。

## 第6節 小括と検討

前章と本章において、韓国と日本における過失犯の共同正犯に関する判例の傾向を整理した。ここでは、これまでの検討に基づき、比較法的観点から過失犯の共同正犯に関する韓国と日本の判例傾向を全体として概観することとする。

過失犯の共同正犯に関する初期の判例では、日本と韓国の両国とも否定説が採られていた。すなわち、戦前、日本の大審院時代の判例は、過失犯の共同正犯を否定しており、戦前の韓国の判例でも同じであった。朝鮮高等法院は、過失による汽車衝突事故で機関士と火夫が共同正犯として起訴された事案<sup>113</sup>につ

---

<sup>112</sup> 金子・前掲注(111) 12頁。

<sup>113</sup> 本事故の具体的事実関係は以下の通りである。機関士Aと火夫Bは、Aの運行する機関車に10両の列車を牽引してH市に向かう途中、K停車場に着こうとした。その際には、火夫が先に停車場の南方面にある常置信号機を確認して機関士に知らせ、さらに機関士も一緒に信号を注視するのが慣例であるにもかかわらず（すなわち、列車が停車場に入ろうとする際には、機関士と火夫と一緒に常置信号機を注視し、火夫は機関士に知らせ、機関士はさらに自らも確認した上、危険信号の場合〔赤信号〕はもちろん、たとえ、それが安全信号（青信号）であっても、それがはっきり判明できない場合には、危険信号と見なし、常置信号より前方に進行してはならないのが通常であった）、Bはこれを怠って機関士に知らせず（Bの過失）、AはいつもBからの知らせがある場所でそれがなく、さらに煤煙により信号がはっきり見えなかったにもかかわらず、その場で停止せず進行した（Aの過失）。その後、Aは信号機に近づいたときに前を走っていた列車を発見し急停止したが、間に合わず、前方の列車と衝突した。これより、前方の列車の機関士が死亡し、乗客が傷害を受けたというのである。ここで、刑法211条とは、旧韓国刑法の業務上過失致死傷罪の規定である。



いて、「二人ノ業務上ノ共同過失ニ因リ人ヲ死傷ニ致シタトキハ共犯規定ノ適用ナク其各自ニ對シテ刑法第二百十一條を適用處斷スベキモノナレル<sup>114</sup>」（下線は筆者）とし、業務上過失致死傷罪の共同正犯にはならないとしたのであった。戦後、韓国刑法下の大法院判例も当初は、「過失においては、意思連絡の観念を論じることができないため、故意犯のような共同正犯が成立し得ず、過失犯に教唆・幫助もし得ない」とし、過失犯の共同正犯の成立を否定する立場を採った。

これに対し、日本の場合は「メタノール事件」を契機として、韓国の場合は「貨物トラック事件」を契機として、判例は従来の否定説から肯定説へと転じた<sup>115</sup>。その後、現在に至るまで、判例は肯定説を支持している。とはいえ、過失犯の共同正犯に関する韓国と日本における判例傾向は、以下の4点において異なっている。

第1点として、過失犯の共同正犯に対する学説の態度を指摘できる。日本の場合、否定説・肯定説のどちらが通説であるとはいえないが、肯定説も多く見られる。これに対し、韓国の場合は、刑法制定以来現在に至るまで、否定説が多数説を占めており、過失犯の共同正犯は、学説と実務とが先鋭に対立する代表的領域ともいえよう。それにもかかわらず、過失犯の共同正犯を肯定する上告審判例の件数や、その成立範囲については、韓国の方がより多く、かつより

---

<sup>114</sup> 朝鮮高等法院判決大正10・5・22 刑上第56号55頁以下。原文については、<http://khd.scourt.go.kr/servlet/com.dcpheer.sclib.ebook.EbookCmd?pBookNo=009015&pArchId=undefined>を参照。なお、朝鮮高等法院判決録は、韓国の法院図書館サイト (<http://khd.scourt.go.kr/J0/main/index.jsp>) から検索可能である。

<sup>115</sup> 韓国判例が、過失犯の共同正犯を認めることにおいて日本の「メタノール事件」の影響を受けたという評価とそれに関する私見については、本篇の第3章第4節を参照。

広く過失犯の共同正犯を認めている。特に韓国においては、建物の崩壊事故などにおいて、過失犯の共同正犯を適用しており、これは日本の判例実務には見られない傾向である。

第2点は、過失犯の共同正犯の成立要件としての「意思連絡」の要否である。韓国については、過失犯の共同正犯を最初に認めた1962年の判例以降、---意思連絡の対象に関しては相違があると思われるものの---過失犯の共同正犯の成立要件の中核を「意思連絡」に求めている。日本においては、「メタノール事件」においては、各行為者の間に意思連絡があったことから過失犯の共同正犯を認めたが、その後の裁判例では、明示的に意思連絡を求めたものがある一方で、それが明らかではないケースもあり 意思連絡が過失犯の共同正犯の成立に必要であるかどうかについて統一的な見解は見られない状況である。

第3点として、「共同の注意義務」についての理解の相違を指摘することができよう。日本の初期の判例では、行為者間で「何か」を共同して行ったことから、直ちに過失犯の共同正犯を肯定するよう見られる裁判例もあった。しかし、その後の裁判例を見ると、

- 「相互に協力して・・・安全を確保」する場合
- 「それぞれの不注意が相互に影響しあう」関係にある場合
- 「危険防止の対策上も相互に相手の動作を利用し補充し合うという共同実行意思の下に共同」する場合

など、相互的に協力ないし補充し合う場合に、過失犯の共同正犯を認める傾向がみられる。また、その多くの場合は、電気溶接やトーチを使い切断作業を行うなどの危険な作業を一緒に行ったり、踏切場の安全を確保する業務を共同とするなど、共同の行為自体に危険性が潜んでいる場合であるといえよう。

他方において、韓国の場合、要件を「意思連絡」に求めつつ、大きく2つのタイプのケースにおいて過失犯の共同正犯を認めていると考えられる。その1つは、各行為者の意思連絡により「創出された行為」により過失結果が発生した場合である。この場合における「創出」とは、具体的な事情から見て、行為者間の意思連絡がなかったら、そのような行為に踏み出すことはなかったという程度のものである。すなわち、同席者の発言がなかったら、そもそも車を発進させることがなかった場合や、他人の勧誘がなかったら飲酒をすることはなかった場合などにおいて、行為者間に創出した行為は「車の発進行為」と「飲酒行為」であるといえよう。そして、このような行為により過失犯の結果が発生した場合、各行為者は、自らが創出した行為に関して共同の責任を負うのである。いま1つは、ある行為が、そもそも分業行為なしには成立し得ない場合に、そのことを認識しながら参与した行為者の間における過失犯の共同正犯である。現代社会は、分業化・専門化が進んでおり、複数の段階の行為者らの協力なきには、その目標を達成することができない場合が多く存在する。その代表的例が建築工事や大型イベントの挙行等であるといえよう。建物の完成には、各段階の行為者の注意義務違反がないことが前提されなければならない。そこで、建物の崩壊などの過失結果が発生した場合、韓国の判例は、その原因行為が複合的なものであることに注目する。建物の崩壊という過失は、「各段階の行為者の過失が『合わさって』発生した」とし、その過失の原因を提供した者を過失犯の共同正犯とするのである。ただし、この場合においては、各行為者の過失行為が、過失結果を発生させた複合的原因の1つでなければならないため、各行為者においてそれぞれ注意義務違反行為が認めなければならないとするのである。

第4点は、過失犯の共同正犯が検討される事案の相違である。上記のとおり、韓国は、特に1990年代以降においては、建物の崩壊、コンサートでの圧死事故などの安全事故などにおいて過失犯の共同正犯が検討されている。そのため、起訴の対象とされる行為者の数は多く、その範囲がきわめて広範にわたる。これに対し、日本の場合、関与者の数やその間の距離において、かなり近接している場合がほとんどといえ、1970年代から1990年代までの韓国判例と近い事案のみが問題とされているといえる。

以上が、過失犯の共同正犯に関する韓国と日本の判例傾向における主な相違点である。

## 第9章 本篇のまとめ

以上、過失犯の共同正犯に関する韓国の判例を時系列に従って検討してみた。過失犯の共同正犯を肯定した初期の判例は、主に交通事故などにおける運転者と同乗者を中心として検討されたのである。しかし、1990年代のマンションの崩壊事故以来、大規模過失事故においても過失犯の共同正犯理論が適用されるようになった。過失犯の共同正犯を否定する論者からは、実務上の必要性から過失犯の共同正犯が乱用されていると指摘され、判例は学説により支持されていない状況にある。たしかに、多数の行為者が複雑に関わっている大規模過失事故において、過失犯の共同正犯を認めると、結果に対する細かい立証なしに行為者を正犯として処罰することが可能となる。上記で検討した事故以外にも、韓国社会では、物流倉庫の崩壊事故や、ターミナルの火災事故、ガスの爆発事故などのさまざまな大規模事故が続いた。このような大規模過失事故の場合、

各段階での多数の過失行為者が関係するため、各行為者の過失と過失結果の因果関係を立証することは簡単ではない。この場合、過失犯の共同正犯を適用すれば、個別過失に対する立証責任というハードルを避けて正犯を認めることができる。したがって、過失犯の共同正犯は、実務上の処罰の必要はあるが立証が困難な場合の問題を解決してくれるマジックワードのように認識されてきたといえよう。これは、過失犯の共同正犯を否定する場合、処罰の空隙が生じるという問題意識に関し、過失犯の共同正犯の肯定論者はもちろん、否定論者も共感していることから理解することができる。しかし、現在の判例が、否定論者が指摘するように、処罰の空隙を埋めるために無理やり過失犯の共同正犯の成立を認めているというのであれば、それは批判されなければならないであろう。

それでは、学説が指摘するように、判例は本当に過失犯の共同正犯理論を乱用しているというべきなのであろうか。

本篇では、1960年から近年までの判例を検討してきたが、まず、1990年以前の判例は、主に運転者と同乗者の間において過失犯の共同正犯の成立が可能であるか否かの問題に直面した。そこでは、特に行為者間の「相互意思連絡」が重要な要件とされるが、相互意思連絡の内容を検討すると以下のとおりであろう。運転者と同乗者間の相互意思連絡の内実は、結果発生の直接原因に対する互いの了解または合意等である。たとえば、1962年の貨物トラック事件の場合、被害者の死亡に関する直接原因とされる「自動車の急発進」に対して、荷主と運転士の上に意思連絡を認めた。運転兵の飲酒運転事故において、前任搭乗者と運転兵との間に「飲酒行為」に対する認識や容認などがある場合、両者は過失犯の共同正犯が認められた。このように、相互意思連絡により創出された行為

が過失結果の直接的な原因となった場合、過失犯の共同正犯が認められるということは、そもそも、相互意思連絡により創出されない行為は、意思連絡の対象にならないことを意味する。運転事故などにおける過失犯の共同正犯におけるもう1つの特徴は、行為者間の時間的・距離的密接性である。そのため、過失結果発生の直接原因たる具体的な行為に対して、互いの意思連絡の確認が容易となる。すなわち、運転行為中、時々刻々変化していく状況の中で、飲酒行為、自動車の発進行為、列車を退行させる行為などに関する行為者間の意見合意は、行為者間の時間的・空間的な密接性を除いては成り立たないと考えられる。こうして、1990年以前の判例の傾向は、(1) 過失結果の原因行為が明確であり(特定できるものであり)、(2) その原因行為は、相互意思連絡により創出された行為であり、(3) 行為者らは、時間的・空間的距離の密接性などから、互いの意思を確認することが容易であることが認められる場合に、過失犯の共同正犯を肯定したものと考えられる。また、過失犯の共同正犯が否定された判例の事案では、(2) の条件が満たされておらず、過失結果の原因たる行為がそもそも意思連絡の可能な対象でなかったことは上記のところで述べたとおりである。

他方、1990年以降の大規模過失事故において、各行為者に過失犯の共同正犯を認める判例の特徴は、(1) 過失の結果発生の原因は1つの行為者の行為ではなく、各行為者の過失が重なった(合わさった)ものであり、(2) 各行為者は、「共同の目標」に対する意思連絡の下、互いに協働する関係にあり、(3) 行為者間で、時間的・空間的に距離がある場合でも、全く過失がないか、あるいは、過失があったとしても事故発生の原因とならなかったという特別な事情を除いては過失の共同責任を認めるのである。ここにおいて、大規模過失

事故の場合、過失の共同正犯ではなく、過失競合の理論が適用できるのではないかという疑問が生じ得る。実際、聖水大橋事件においては、各行為者を過失競合とみなしなければならないという弁護人側の主張がなされたのであった。これに対して判例は、「2人以上が相互意思連絡なしに同時に犯罪構成要件に該当する行為を行ったときには、原則的に各人に対してその罪を論じなければならないが、その結果発生の原因となった行為が明らかではないときには、各行為者を未遂犯として処罰し（独立行為の競合）、この独立行為が競合して、特に傷害の場合には共同正犯の例により処断（同時犯）するのであり、相互意思の連絡があり共同正犯が成立するのであれば、ここには独立行為の競合などの問題が提起される余地がない」としたのは上記のとおりである。すなわち、聖水大橋崩壊の場合、各行為者らの間には「聖水大橋の安全」に関する共通の意思連絡が存在するから、意思連絡なくたまたま犯罪構成要件該当行為を同時に行った過失競合とは異なるというのである。このように、意思連絡は、過失競合と過失の共同正犯を区別する要素として機能する。

今まで検討した過失犯の共同正犯に関する判例の見解を、私見に基づき分析してまとめると、次のページの【図1】のように表すことができよう。

【図 1】 過失犯の共同正犯の成立に関する判例の類型

	類型 1	類型 2	類型 3
行為者	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 行為者間の時間的・物理的距離が近く，行為者の数が多い⇒コミュニケーションをとりやすい</li> <li>・ 例) 運転者と同乗者，2人の助産師</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ (基本的状況は)行為者間の時間的・物理的距離が遠く，多数の行為者がいる⇒コミュニケーションをとり難い</li> <li>・ ただし，行為を行うことにおいて行為者間の報告や打ち合わせなどが存在する</li> <li>・ 例) 工事の関与者の中，各段階での行為者間（施工担当者らの間，設計担当者らの間等）</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 行為者間の時間的=物理的距離が遠く，多数の行為者がいる（異なる行為段階での行為者）⇒コミュニケーションをとり難い</li> <li>・ 各段階の行為者間（施工担当者と維持・管理担当者）には一般的に直接的な意見交換がない</li> <li>・ 建築などでの各段階の関係者</li> </ul>
意思連絡	ある行為に対する行為者間の（明示的・黙示的）意思連絡	ある行為を一緒に行うことに対する認識，認容	「安全かつ丈夫な建物の建築」などのような共同の目標下で行われている認識・認容
共同行為	行為者間の意見交換（意思連絡）により創出された行為⇒2人の意思疎通による飲酒行為，2人の意思疎通により車を発進させる行為など	意思連絡の下で行う行為⇒施工業務を共有する者間における施工行為	共同の目標に対する意思連絡の下で行われる，各行為者の行為建築業務に関わる者間の設計・施工・維持行為
過失犯の共同正犯	意思連絡により創出された行為が過失結果の直接の原因である場合	意思連絡の下で過失行為を行い，構成要件的结果が生じた場合	共同の目標と意思連絡のある行為者には，自分の過失だけでは結果が発生できないとして



			<p>も、</p> <p>①まったく過失がない</p> <p>②過失があっても結果発生に影響を与えない場合を除き、共同責任を負う</p>
その他	<ul style="list-style-type: none"> <li>意思連絡により創出できない行為は意思連絡の対象にならない</li> <li>例) 自然現象や行為者一方の身体的能力や注意能力など</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>具体的状況から、行為者の「具体的かつ直接的注意義務」があることが認めなければならない</li> <li>ある特定の段階での過失が結果発生の原因となつたと見られる場合</li> <li>例) トンネル掘削工事中の爆発事故、野外コンサート中の換気口の崩落による墜落事故</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>具体的状況から、行為者の「具体的かつ直接的な注意義務」があることが認められなければならない</li> <li>各段階の行為だけでは、過失の結果が発生しないが、その行為が合わさると過失の結果が発生する</li> <li>例) 設計、施工、維持・管理段階のすべてに過失がありそれだけでは結果が発生しないかもしれないが、それが合わさると過失結果が発生、マンションの崩壊事故、三豊百貨店崩壊事故、聖水大橋崩壊事故など</li> </ul>

## 第4編

### 韓国における過失犯の共同正犯論の現状

—日本の過失犯の共同正犯論との比較を中心として—

#### 第1章 はじめに

日本刑法60条「2人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする。」に対応する韓国刑法30条の共同正犯規定には、「2人以上が共同して罪を犯したときには、各自をその罪の正犯として処罰する。」とある。従来、韓国刑法30条の規定における「共同」の意味をめぐる、2人以上が「罪」を犯す犯罪形態が共同正犯であると理解する犯罪共同説と、2人以上が「行為」を共同に行うことが共同正犯であると理解する行為共同説とが主張され、両説の対立を基軸として議論が展開されてきた。共同正犯が肯定されれば「一部実行・全部責任」が認められるが、犯罪共同説は、複数の者の共同が同一の犯罪に関わるときのみこれを限定することから、成立範囲がそれだけ狭くなり、刑事政策的な合目的性という見地からは疑問が生じ得る。他方、行為共同説によれば、共同正犯の成立範囲が拡大し、処罰範囲が無限定となるおそれがある。このようなことから、学説においては、犯罪共同説と行為共同説との形式的な対立を過度に強調することをやめにして、むしろ共同正犯の本質的な正犯要素（正犯標識）<sup>メルクマール</sup>を究明し、そこから処罰の適正な範囲を確保すると同時に、無限定なその成立に歯止めをかけようとする動きが生じてきた。

現在の通説は（さらに、後述するように判例も）、共同正犯の本質を「機能

的行為支配」により説明しようとする。学説の理解するような機能的行為支配説によると、共同正犯の主観的要件として「共同の行為決意」が必要となるが、過失行為においてはそれが存在しないため、過失犯の共同正犯は否定される。したがって、2人以上の共同の過失により、人の死傷の結果が発生した場合、各行為者は共同正犯ではなく同時犯として扱われることとなり、各人につき個別的な注意義務違反の有無が検討されることになる（以下、これを「否定説」と呼ぶ）。

韓国の判例は、1962年の大法院判決において過失犯の共同正犯を認めて以降、現在に至るまで過失犯の共同正犯を肯定してきたが、初期の判例には過失犯の共同正犯を否定したものがあつた。否定説の論拠を整理すると、大きくこれを2つに分けることができよう。まず、過失犯には共同正犯の成立要件たる「共同の行為決意」と「機能的行為支配」とが欠如していることが根拠となる（理論上の根拠）。次に、過失犯の共同正犯を認める実益がないということである（法政策上の根拠）。

これに対し、肯定説からは、共同正犯を規定する刑法30条は、必ずしも故意犯に限らず、過失犯の共同正犯は、故意犯の共同正犯のそれと「相応する」概念を用いてその成立を認めることが可能であるとされる（否定説の理論上の根拠に対する反論）。そして、過失犯の共同正犯は、（1）過失犯の構成要件該当事実が発生し、（2）構成要件実現に多数の関与者の過失があるが、（3）その原因行為を特定することができない場合においてその実益性があるとする<sup>1</sup>（否定説の法政策上の根拠に対する反論）。たとえば、建物の崩壊事故におい

---

<sup>1</sup> 한정환 「다수의 과실 행위와 공동정범」 법조717号 (2016.6) 159頁。

て、設計から維持管理に至るまでの各段階の参加者らが——その注意義務違反が過失結果の決定的原因であるとはいえないとしても——何らかの形で結果に影響力を与えた場合において同時犯の規定を適用すると（刑法19条を参照）、その結果発生の原因行為が判明していない場合として各行為者を未遂犯としなければならない、過失犯の未遂は処罰されないため、全員について犯罪不成立としなければならない、処罰の空隙が生じるのである。

近時、問題となった「加湿器殺菌剤事故<sup>2</sup>」で明らかのように、過失犯の共同正犯を肯定しない場合、過失事故により、被害者が死亡した場合と負傷した場合とで異なる結論を出さなければならないことになる。すなわち、それぞれが人を死に至らせる毒性を持っていることが判明したA社の加湿器殺菌剤とB社の加湿器殺菌剤を混用し続けた結果、死傷結果が生じた場合、A社の関与者とB社の関与者らを同時犯として処罰するならば、刑法263条が適用されることになる（すなわち、これにより、独立行為が競合して傷害の結果を発生させた場合において原因たる行為が判明しないときには共同正犯の例によることになる）。したがって、被害者に傷害結果が生じた場合、A社の関与者とB社の関与者は、業務上過失致傷罪の共同正犯として責任を負うこととなる。しかし、被害者が死亡した場合には、刑法263条を適用することができず、刑法19条

（これにより、同時または異時の独立行為が競合した場合にその結果発生の原因たる行為が判明しないときには各行為者を未遂犯として処罰される）を適用するよりほかはなく、業務上過失致死罪については未遂規定がないため、結局、

---

<sup>2</sup> ソウル中央地法 2017年1月6日 2016고합527, 575（병합）, 683（분리）（병합）, 1076-1（분리）（병합）判決。本事案の事実関係や裁判の経過などについては、本論文第4編7章2節を参照。

無罪としなければならない、「処罰の不均衡」が生じてしまう。このようにして、肯定説からは、過失犯の共同正犯を認めることにより、分業的共同作業において因果関係が一義的に判明していない場合における、各関与者の過失責任帰属の問題を解決することができ、結果的に組織的無責任を防ぐことができると主張されるのである<sup>3</sup>。

とはいえ、韓国においては、過失犯の共同正犯の成立要件をめぐり、判例と学説はもちろん、学説上の肯定説の内部においても、その見解が多岐に分かれている。肯定説のどの見解を採用するかにより、過失犯の共同正犯を肯定した判例事案のすべてについて共同正犯を否定しなければならないことにもなる<sup>4</sup>。このような事態は、肯定説の論者自身が主張している肯定説の実益を無にすることになり、判例の解釈や実務における運用にあたって参考となる基準を提供することもできないといった問題を生じさせることになる。

以下においては、(1) 韓国学説における過失犯の共同正犯をめぐる議論の状況を簡単に紹介しつつ、肯定説が過失犯の共同正犯を認めた判例をどのように評価しているかに注目して、学説を整理することとする。その後、(2) 日本における過失犯の共同正犯論を比較法的視点から検討し、過失犯の共同正犯の成立要件や具体的内容などについて分析を加えたい。そして、このような作業から得られた知見に基づき、過失犯の共同正犯を肯定した韓国の判例理論を再構成するための手がかりを探ることとしたい。

---

<sup>3</sup> 이재상 「과실범의 공동정범」 형사법연구14卷 (2000) 223-224頁。

<sup>4</sup> 이재상・前掲注(3) 229-230頁, 유지영 「과실범의 공동정범에 관한 연구」 중앙법학第5輯 (2003) 250-252頁。

## 第2章 韓国における共同正犯論

過失犯の共同正犯は、過失犯論と共同正犯論が複雑に交錯している領域の問題であるため、各領域の議論の進展が過失犯の共同正犯をめぐる議論に影響をもたらすのは当然のことである<sup>5</sup>。その意味で、過失犯論と共同正犯論、それぞれの現在の議論状況を検討することは、過失犯の共同正犯の成立を解明する点において重要であるといえよう。過失犯論については本論文の第2編においてすでに検討を行ったので、以下においては、韓国における共同正犯論に関する検討を加えることとする。ただし、共同正犯に関する議論は、それだけでもさまざまな論点を含んでいるため、ここでは、刑法30条の解釈論と共同正犯の成立要件に関する議論の状況に焦点を当てて概観を行うこととする。

### 第1節 刑法30条に関する学説の状況

韓国刑法の30条は、「2人以上が共同して罪を犯したときは、各自をその罪の正犯として罰する。」と定めている<sup>6</sup>。本規定の解釈について、特に「何」を共同とするのかについては、従来、犯罪共同説と行為共同説の対立があった。しかし、近時、犯罪共同説と行為共同説という対立図式により共同正犯の本質を究明する従来の議論に対して、その実益に疑問を提起し、共同正犯の議論は、

---

<sup>5</sup> 山口厚「過失共同正犯再考」『西田典之先生献呈論文集』（2017）156頁。

<sup>6</sup> 韓国刑法30条は、共同正犯に関して、日本刑法60条の「2人以上共同して犯罪を実行した者」とは異なり、「2人以上が共同し罪を犯したとき」と規定している。これは、日本の改正刑法仮案25条が「二人以上共同シテ罪ヲ犯シタル者ハ皆正犯トス」としていたことの影響を受けたものであると評価されている（이원경 「관례에 나타난 공동정범의 정범성 판단기준」 형사법연구第26卷第3号〔2014〕13頁以下）。

本質の究明よりもその成立範囲の限定に注目すべきであるという主張が増加している<sup>7</sup>。

共同正犯の成立範囲については、機能的行為支配を基準とする見解や、共同正犯の成立要件の設定を通じて設定範囲を決める見解などが主張されているが、韓国の学説は行為支配説を採用しており、共同正犯においても機能的行為支配概念により説明するのが一般的である。判例もまた、基本的に機能的行為支配説にしたがっており、「刑法第30条の共同正犯は、2人以上が共同して罪を犯すことであり、共同正犯が成立するためには、主観的要件たる共同加功の意思と、客観的要件たる共同意思に基づく機能的行為支配を通じた犯罪の実行事実が必要であり、共同加功の意思は、他人の犯行を認識しながらもこれを阻止せずに容認するだけでは足りず、共同の意思で特定の犯罪行為を犯すために一体となり、互いに他人の行為を利用して自己の意思を実行させることを内容としなければならない<sup>8</sup>」とし、共同正犯の成立要件として、共同加功の意思（主観的要件）と、その加功意思に基づいた機能的行為支配を通じた犯罪の実行（客観的要件）を挙げている。

このようにして、共同正犯が成立するためには、①客観的成立要件として「共同の犯行実行」と、②主観的成立要件としての「共同の犯罪意思」が前提とされることについては、判例・学説上異論がない。しかし、機能的行為支配の観念の内容や成立要件、その適用基準などをめぐっては、見解が一致しない状況である。

---

<sup>7</sup> 박상기 「우리나라 학설과 판례에 나타나는 공동정범의 유형과 문제점」 형사법연구第13卷10号（2000）5-6頁。

<sup>8</sup> 大法院2006年3月9日 2004도206判決。

## 第2節 共同正犯の主観的構成要素としての「意思連絡」

共同正犯が成立するためには、主観的要素たる「共同の犯罪意思」がなければならない。学説は「共同の犯罪意思」を、「主観的要件としての共同加功の意思または共同の意思<sup>9</sup>」、「主観的な共同の犯行決議<sup>10</sup>」、「犯罪者の間に共同して罪を犯すという共同加功の意思<sup>11</sup>」、「共同の犯行意思は、数人の同等なパートナーとして犯行を決議することである<sup>12</sup>」などと定義づける。このように理解された「共同の犯罪意思」は故意犯のみに認められ、したがって過失犯の共同正犯は否定されるとするのが通説である。

これに対し、判例は、共同正犯の主観的要素を単に「共同加功の意思」としており<sup>13</sup>、大法院は「共同加功の意思は、他人の犯行を認識しながらそれを制止せず、容認するだけではなく、共同の意思で特定の犯罪行為を犯すために一体となり互いに他人の行為を利用して自己の意思を実行させることを内容とするものでなければならない<sup>14</sup>」（下線は筆者）としている。このように、判例は「共同加功の意思」を必ずしも「故意を共同する意思ではない<sup>15</sup>」と理解するため、通説とは異なり、過失犯の共同正犯を肯定できることになる。

<sup>9</sup> 이재상·장영민·강동범『형법총론〔第9版〕』（2017）474頁。

<sup>10</sup> 배중대·前掲注（10）552頁。

<sup>11</sup> 오영근『신형법입문〔第4版〕』（1992）172頁。

<sup>12</sup> 박상기·前掲注（7）6頁。

<sup>13</sup> 判例は、「共同加功の意思」のほか、「共謀」という概念も用いている。大法院は、「共同正犯の主観的要件たる共謀は、共犯者相互間に犯罪の共同実行に関する意思の結合だけあれば足り」としている（大法院2008年11月13日 2006도755判決）。

<sup>14</sup> 大法院 1999年9月17日 99도2889判決。

<sup>15</sup> 大法院 1962年3月29日 4294형상598判決, 大法院 1979年8月21日 79도1249判決, 大法院 1994年3月22日 94도35判決, 大法院 1997年11月28日 97도1740判決等を参照



### 第3節 共同正犯の客観的構成要素としての「機能的行為支配」

上述のところで述べたとおり，韓国の学説と判例は，共同正犯の客観的要素として「加功意思に基づいた機能的行為支配」を求めている。ロクシンにより主唱された機能的行為支配説<sup>16</sup>は，犯行を実現させるために必要な機能を各関与者が分担することにより，全体状況を共同して支配することを意味する<sup>17</sup>。すなわち，当該関与者の行為分担がなくなると犯罪全体に対する因果進行の本質的部分が影響を受け，他の参加者にまで影響が及び，犯行の結果を達することができない<sup>18</sup>ほどの重要な寄与のあることが必要である。また，構成要件行為の一部を直接分担，実行していない者であっても，全体の犯罪において，その者が占める地位，役割，犯罪の経過に対する支配ないし掌握力などを総合して犯罪に対する本質的寄与を通じた機能的行為支配を認め得る<sup>19</sup>。なぜなら機

---

<sup>16</sup> 最も初期におけるその主張は，Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963, S. 275 ff.に見られる（なお，本書は，2015年にその第9版が出版されている）。ロクシンの機能的（犯行）行為支配に関する韓国における詳細な紹介については，문채규 「과실범의 공동정범에 대한 논증도구로서의 기능적 범행지배표지」 『법치국가와형법』（1998）346頁以下を参照。

<sup>17</sup> 문채규・前掲注（16）171頁。

<sup>18</sup> 손지영 「형법 제30조 『공동』의 의미와 공동정범의 본질」 *승실대법학*第24卷（2010）64頁。

<sup>19</sup> 大法院は，「刑法第30条の共同正犯は共同加功の意思とその共同意思に基づいた機能的行為支配を通じた犯罪の実行という主観的・客観的要件を満たすことで成立する。共謀者の中で構成要件行為の一部を直接に分担して実行していない者であっても，場合によっては，いわゆる「共謀共同正犯」としての罪責を問うこともできるが，そのためには全体犯罪において，その者が占める地位，役割や犯罪の経過に対する支配ないし掌握力などを総合してみると，単なる共謀者ではなく，犯罪に対する本質的寄与を通じた機能的行為支配が存在すると認められる場合でなければならない」とする。（大法院 2009年8月20日 2008도11138判

能的行為支配は実行行為の分担という狭い範囲に限定されるものではなく、

「全体犯行において欠かせない本質的役割分担により認められる共同正犯の正犯標識<sup>メルクマール</sup>としての機能的行為支配」を意味するからである<sup>20</sup>。

### 第3章 韓国における過失犯の共同正犯論

過失犯の共同正犯の成否に関する議論は、2人以上の者の過失により、構成要件結果が発生した場合、各行為者を共同正犯として処罰するのか、それとも各行為者を同時犯として処罰するのかという点に関するものである。従来、韓国における過失犯の共同正犯の成立をめぐる議論は、日本と同様、共同正犯の本質の問題として理解され、犯罪共同説と行為共同説の対立と関連して展開されており、否定説が多数であった<sup>21</sup>。特に、過失犯の共同正犯を否定した1956年の判例は、「過失犯においては意思連絡の観念を論じることができないため、故意犯のような共同正犯が成立し得ず」とし<sup>22</sup>、犯罪共同説の立場から過失犯の共同正犯を否定した。しかし、近時の過失犯の共同正犯論においては、どのように過失犯の共同正犯の成立要件を設定するか、すなわち、いかなる要件を

---

決)。

<sup>20</sup> 배종대・前掲注(10) 567頁。

<sup>21</sup> 犯罪共同説と行為共同説の対立について、신동운(申東雲)は、「そもそも犯罪共同説と行為共同説はフランス刑法学の共犯説明に関する理論に基づくものであり、日本の刑法学者らが共同正犯の成立範囲に関してこれを援用することで意味を有した。ドイツ刑法学ではこのような理論が存在しない」と説明する(신동운『형법총론〔第8版〕』〔2014〕599頁)。したがって、従来の過失犯の共同正犯に関する議論は、日本の過失犯の共同正犯論の影響を受けたともいえよう。

<sup>22</sup> 大法院1956年12月21日 56형상276判決。

用いて関与者らに「一部実行・全部責任」を問うことができるのかに議論の焦点が移っているように思われる<sup>23</sup>。

## 第1節 過失犯の共同正犯否定説

### 第1款 従来 of 否定説

従来、過失犯共同正犯否定説は、犯罪共同説を中心として展開された。犯罪共同説は、意思連絡の内容を、構成要件的結果を実現しようとする意思、すなわち、故意の共同であるとする<sup>24</sup>。そのため、意思連絡を認めない過失には、共同正犯が肯定されないというのである。백남억 (百南億) は、「共同正犯の主観的要素たる意思の連絡は犯罪を実現しようとする意思であるので、このような意思が存在しない過失犯においては共同性が成立しえない」とし、「特定の犯罪」を共同とする必要があるため、過失犯には共同正犯が成立し得ないとした<sup>25</sup>。김종수 (金種壽) も、「共同者が共同するのは、特定の犯罪であり、客観的に特定の犯罪を予想できるという事実を基礎とし、数人の共同という事実を論ずることができる」としている<sup>26</sup>。

その後、犯罪共同説論からも過失犯の共同正犯を肯定するなどの動きが生じるなどする中で、目的的行為論から過失犯の共同正犯を否定する見解が台頭し

---

<sup>23</sup> 이정원 「과실범에서의 정범과 공범——과실범의 범죄구조를 중심으로——」 『현대사회에서 과실범이론의 역할과 과제 [한국형사법학회 하계학술회의 자료]』 (2001) 24-28頁。

<sup>24</sup> 이보영 『과실공동정범의 이론에 관한 연구』 (2007) 52頁。

<sup>25</sup> 백남억 『형법총론』 (1965) 295頁。

<sup>26</sup> 김종수 『형법연습』 (1966) 83頁。

た<sup>27</sup>。황산덕 (黃山德) は, 「共同正犯は正犯の一種であり, 正犯となるための犯罪意思 (すなわち, 故意) とその目的的行為支配がなければならぬため, 過失犯の共同正犯は成立し得ず, 単なる同時犯になるだけであるとするのが目的的行為支配説の見解である」とし, 過失犯には故意と目的的行為支配がないので共同正犯が成立し得ないとした<sup>28</sup>。また, 진계호 (陣葵鎬) も, 「共同正犯が成立するのであれば, 共同実行の意思がなければならず, 共同実行の意思は正犯になるための故意とその目的的行為支配がなければならぬため, 過失の共同正犯は認められず, それは単なる同時犯となるにすぎない」とした<sup>29</sup>。

## 第2款 現在の通説---機能的行為支配説からの否定説

現在の通説は, 過失犯には共同正犯の成立に欠かせない「共同の犯行決議」と「機能的行為支配概念」が成立し得ないとする<sup>30</sup>。共同正犯が成立するためには, 行為者の間に共同して犯行をする意思, すなわち, 「共同犯行に対する故意」を「共同の犯行決議」の内容としなければならない, と主張する<sup>31</sup>。過

---

<sup>27</sup> 오재환 「과실범의 공동정범」 조선대사회과학연구8輯 (1985) 39頁。

<sup>28</sup> 황산덕 『형법총론 [第6訂版]』 (1974) 272-273頁。

<sup>29</sup> 진계호 『형법총론』 (1980) 355頁。

<sup>30</sup> 이보영 「과실의 공동정범의 이론」 형사법연구第4号 (1991) 99頁以下, 전지연 「과실범의 공동정범」 형사법연구第13号 (2000) 27頁以下, 허일태 「과실범의 공동정범에 대한 관례의 변천」 『형사관례의 연구 I』 (2003) 613頁以下, 배중대 「사법개혁과 관례개혁——결과적 가중범의 공동정범의 경우를 예로하여——」 고려법학第47号 (2006) 7-19頁などを参照。

<sup>31</sup> 他方, 共同正犯からのアプローチではなく, 過失犯論からのアプローチで過失犯の共同正犯の構造的問題性を指摘した見解として, 김유근 「과실범의 공동정범의 구조적 문제점」

失犯（特に認識なき過失の場合）は，結果発生の不認識を前提とするため，このような不認識を事前に共同して認識するということは考えられず，「共同の犯行決議」が認められないうえ，行為者らにおける「機能的行為分担」も想定できないので，過失犯には共同正犯が成立し得ないとするのである<sup>32</sup>。機能的行為支配説からの否定説は<sup>33</sup>，必ずしも構成要件の一部を実行する必要はないという点で犯罪共同説と異なるが，一定の犯罪実現を目標とする点においては犯罪共同説と共通する<sup>34</sup>。

このほか，共同正犯を規定する刑法30条の解釈上，過失犯の共同正犯は成立し得ないとする主張も見受けられる<sup>35</sup>。すなわち，過失犯の共同正犯を肯定することは，結果的に正犯性を拡張させ，処罰範囲を拡大することを意味するが，このような処罰の拡張は，法律の規定に依拠する場合に限り許されるものであり，その規定が刑法30条であるという<sup>36</sup>。そして刑法30条は，文言上「故意犯」のみに適用されると明記されているわけではないが，「共同して罪を犯したと

---

한양대법학논총第26卷第3号（2009）143頁以下を参照。

<sup>32</sup> 김유근・前掲注(31) 159頁。

<sup>33</sup> 機能的行為支配説を支持する論者は，共同正犯の本質に関する見解は同様だが，過失犯の共同正犯に対しては，①それを否定する見解（배종대・前掲注（10） 564頁），②それを肯定する見解（심재우「과실범의 공동정범」 고려대관례연구3卷〔1984〕 120頁以下），③共同正犯に関しては機能的行為支配説を支持しながらも，過失犯の共同正犯に関しては独自の要件を適用する見解（이재상・前掲注（3） 222頁）などに分かれている。この点を指摘した文献として，문채규・前掲注（16） 376頁がある。

<sup>34</sup> 신동운・前掲注（21） 601頁。

<sup>35</sup> 전지연・前掲注（30） 39-40頁，허일태「과실범의 공동정범에 대한 대법원판례」 동아법학第25号（1999） 188頁。一方，否定説論者の中で，刑法第30条が必ずしも故意犯に限ることを意味するのではないとする見解としては，정승환「인식 있는 과실과 과실의 공동정범」 비교형사법연구第11卷第11号（2009）398頁。

<sup>36</sup> 허일태・前掲注（35） 188頁。

き」とは「共同の作品（犯罪）を作ること<sup>37</sup>」と厳格に解釈するのが，罪刑法定主義に合致するとする<sup>38</sup>。これに対しては，刑法30条が明文で故意犯に対象を限定しているわけではない以上，過失犯につき刑法30条の適用を排除する必要はないとする反論がある<sup>39</sup>。

さらに，過失犯には共同正犯が成立し得ないとした1956年の判決（大法院 1956年12月21日 4289刑上276判決）を挙げ，当時の裁判官が制定刑法の立法者であったことから，刑法制定時，立法者はそもそも過失犯の共同正犯を念頭に置かず，故意犯のみを想定したとして，過失犯の共同正犯は立法趣旨に反すると指摘する見解もある<sup>40</sup>。しかし，法案の起草委員が過失犯の共同正犯を否定する趣旨の判決を下したとしても，その判断を直ちに刑法30条の立法趣旨として理解するには議論の飛躍があると考え<sup>41</sup>。刑法解釈の指針になり得る立法趣旨は，刑法草案の起草委員1人の思考に左右されるものではなく，立法当時の学説，関連立法資料，条文の解釈に関する分析などを総合的に考慮して判断されなければならない<sup>42</sup>。したがって，このような検討を経ていないかぎり，刑法30条の解釈の指針とすることは妥当ではないと考えるのである。

---

<sup>37</sup> 전지연·前掲注(30) 40頁, 신동운「판례스터디 (9) 과실범의 공동정범 부정례」『고시연구』第22卷4号(1995·4) 151頁以下。

<sup>38</sup> 허일태·前掲注(35) 188頁。

<sup>39</sup> 이재상·前掲注(3) 224頁, 이용식「과실범의 공동정범」형사판례연구7(1999) 89頁。

<sup>40</sup> 전지연·前掲注(30) 40頁。

<sup>41</sup> 同様の見解として, 이재상·前掲注(3) 224頁。

<sup>42</sup> 안성조「과실범의 공동정범」형사법연구第19卷第3号(2007) 599頁。

### 第3款 小括---過失犯の共同正犯否定説についての検討

否定説は、注意義務に「同時」に違反することはできるが、「共同」して違反するのは不可能であると説く。「共同」というのは「行為者間の意思合致による加功形態」を意味するので、そもそも過失には「共同」という概念が成立し得ないというのである<sup>43</sup>。したがって、判例が過失競合事例を過失犯の共同正犯として処罰するのは、「政策上の必要性」に基づく無理な理論構成であると指摘する。すなわち、過失犯の共同正犯を肯定する判例の見解は、刑法の法治国家性に反し、許される解釈の限界を踏み越えていると批判する<sup>44</sup>。否定説は、多数の行為者の過失により結果が発生した場合であっても、特別な要件を設定して過失犯の共同正犯を認めるべきではなく、同時犯として判断し、処罰すれば足りるとする<sup>45</sup>。

韓国における、このような同時犯処罰による解決を主張する見解は、日本の過失同時犯解消説とは、若干異なっている。後述する日本の過失同時犯解消説は、過失犯の共同正犯の概念「自体」を積極的に否定することなく、その結論における実効性などの側面から同時犯を認めることで足りるとすることが少なくない。しかし、韓国の場合は、過失犯の共同正犯の概念自体を積極的に否定することを前提とする。すなわち、そもそも過失犯の共同正犯という概念が存在し得ないので、多数の行為者の過失行為は、論理必然的に同時犯として検討されなければならないのである。そのため、韓国の否定説の中でも、過失犯の

---

<sup>43</sup> 박상기・前掲注(7) 12頁, 허일태・前掲注(35) 201頁, 배종대・前掲注(10) 564頁。

<sup>44</sup> 배종대・前掲注(30) 15頁以下。

<sup>45</sup> 허일태・前掲注(35) 194頁, 전지연・前掲注(30) 53頁以下。

共同正犯を肯定しないことにより生じ得る処罰の空隙問題などを問題視する論者も少なくない<sup>46</sup>。この点について、否定説を堅持する立場からは、(1) 罪刑法定主義を守るために、そのような(不可罰の)結論は甘受すべきである<sup>47</sup>、(2) 刑事法的方法以外の解決によるべきである<sup>48</sup>、(3) 統一的正犯概念を適用し解決するべきである<sup>49</sup>、(4) 立法論的な解決による解決が望ましいとする<sup>50</sup>、などのさまざまな機論が展開されている。

## 第2節 過失犯の共同正犯肯定説

故意の共同を要求する否定説に対し、肯定説は、故意犯と過失犯が区別されるのと同様、故意犯の共同正犯と過失犯の共同正犯は区別されるとし、過失犯の共同正犯は故意犯のそれと異なる基準によって検討しなければならないと説く<sup>51</sup>。すなわち、過失犯の共同正犯は、故意犯の共同正犯のそれに「相応する」概念を用いてその成立を認めることができるとする。もともと、近時、肯定説

---

<sup>46</sup> 허일태・前掲注(35) 198頁, 김유근・前掲注(31) 174頁。

<sup>47</sup> 本見解は、たとえ、過失犯の共同正犯を否定することにより、処罰の空隙が生じたとしてもそれを甘受する方が法治国家の刑法のあるべき姿であるとする。김일수『한국형법Ⅱ〔총론下〕』(1997) 288頁。

<sup>48</sup> 本見解は、過失犯の共同正犯が問題となる事案の大部分は、肯定説を採ると行為者全員が有罪となり、否定説を採ると全員不可罰となる、という例外的な事案であると指摘し、このような極めて例外的な場合まで行為者全員に刑事責任を問うべきではないとし、この場合は刑事法以外の手段、たとえば民事上の損害賠償を通じて問題を解決すれば足りるとする。오영근『형법총론〔第3版〕』(2014) 374頁以下、同様の見解として、배종대・前掲注(30) 19頁以下などを参照。

<sup>49</sup> 정승환・前掲注(35) 404頁以下。

<sup>50</sup> 허일태・前掲注(35) 198頁以下。

<sup>51</sup> 안성조・前掲注(42) 590頁。



が増加する傾向にある中で<sup>52</sup>，過失犯の共同正犯の成立要件をめぐる具体的な  
解明作業が十分行われているとはいえない状況である<sup>53</sup>。

## 第1款 行為共同説による過失犯の共同正犯

行為共同説は，構成要件事実を共同にする必要はなく，行為の共同があれば  
足りるとし，過失犯の共同正犯を認める。이건호（李建鎬）は，「意思の連絡  
というのは単にそれが『行為を共同とする』という意識で足りる。こうして，  
共同の意義は行為に対する共同の意義で足り，必ずしも故意行為の共同である  
必要はない。したがって，過失犯に関しても共同正犯を成立しうるといわなけ  
ればならない。過失犯と故意犯の間にも共同正犯は成立しうると考える」とし  
<sup>54</sup>，염정철（廉政哲）も，「行為共同説によると，共同正犯は行為を共同とす  
る意思があれば成立すると理解されるので，その行為は故意によるものか，ま  
たは過失によるものかを問わない。したがって，過失犯の共同正犯，又は故意  
と過失による共同正犯も可能である」として<sup>55</sup>，行為共同説に立脚し過失犯の  
共同正犯を肯定した。

しかし，このような立場に対しては，行為当時には過失判断といかなる関係  
もない事実行為に対する共同意思を過失犯の意思の共同と把握するのは無意味

---

<sup>52</sup> 이용식・前掲注（39）81頁以下，문채규「공동정범의 본질론에 대한 재검토」안암법학  
第12号（2001）157頁以下，유지영・前掲注（4）237頁以下，안성조・前掲注（42）587頁以  
下などを参照。

<sup>53</sup> 同様の見解として，이용식・前掲注（39）99頁。

<sup>54</sup> 이건호『형사법개론』（1977）182頁。

<sup>55</sup> 염정철『형법총론』（1979）453頁。

であるとする指摘がある<sup>56</sup>。また、行為の共同だけで共同正犯を認め得るため、過失犯の共同正犯の処罰が無限定に拡張される恐れがあるという批判を避けられない。近時では、この理論構成を採用する論者はほぼいないと思われる。

## 第2款 否定説に対する肯定説からの反論

過失犯の場合には共同正犯の成立の必須要素たる「共同犯行意思」が成立せず、したがって、過失犯の共同正犯という概念は成立しえない---これが、過失犯の共同正犯を否定する通説の重要な論拠である。そして否定説は、行為共同説のいう意思連絡は刑法的意味を持たない単なる事実行為の意思疎通にすぎないとし、過失行為を共同で謀議することは概念論理的に不可能である、と批判した<sup>57</sup>。このような否定説の指摘に対しては、肯定説の側から、過失犯の共同正犯の成立要素としての意思連絡を解明する動きが現れた。すなわち、そもそも過失犯の共同正犯が成立するためには、「必ずしも」行為者間の意思連絡が存在しなければならないのかという根本的な疑問に注目したのである。

### 第1項 「意思連絡」不要説

この点について、심재우 (沈在宇) は、「『ある事実行為』に対する意思連絡と、『ある過失行為』に対する意思連絡は同様ではない」とし、過失犯における意思連絡は、不注意自体に関する意思の連絡でなければならないとした。ただ、行為者が相互の不注意行為を認識することはできない。なぜなら、過失

<sup>56</sup> 배종대・前掲注(30) 8頁。

<sup>57</sup> 배종대・前掲注(10) 563頁, 허일태・前掲注(35) 192頁。

犯は、犯罪事実の不認識を前提とするから、このような犯罪事実の「不認識」を相互間で「認識」することは、概念論理上あり得ないからである。しかし、過失犯の単独正犯は「正常の注意を懈怠することにより罪の成立要素たる事実を認識しえない行為〔刑法14条の過失:筆者注〕」を行うことを認識する必要がないので、同様に、過失犯の共同正犯もそのような行為を行うことを相互間に認識する必要はない、とするのである。「意思の連絡は、故意犯の共同正犯の成立に必要な要素であり、過失犯の共同正犯の成立に必要な要素ではない」とし、過失犯の共同正犯は「過失の共同」と「行為の共同」があれば足りるとする<sup>58</sup>。また、이재상 (李在祥) は、「過失犯においては故意犯のような共同の行為決議に基づき認識・意欲した共同作業は概念上不可能であるというべきである。しかし、過失犯の共同正犯を行為決議ないし行為計画と結び付けるのは妥当ではない」とし、過失犯の共同正犯の成立要素は「共同の注意義務違反」と「構成要件実現行為の共同」で足りるとする<sup>59</sup>。

このように、肯定説の中で、意思連絡不要説を支持する見解は、過失犯には、故意犯のような共同の行為決議（意思連絡）が概念上不可能であることを是認しながらも、過失犯の共同正犯を行為決議ないし行為計画と結び付けるのは妥当ではない、と指摘する。その上で、過失犯に共同の行為決議ないし共同の意思が成立しえないということは、過失犯の共同正犯を否定する論拠にならず、むしろ、過失犯の共同正犯の成立基準を故意犯の共同正犯のそれとは異なる基準に設定する必要があることを意味するにすぎないと主張する<sup>60</sup>。

---

<sup>58</sup> 심재우・前掲注(33) 116頁以下。

<sup>59</sup> 이재상・前掲注(3) 222頁。

<sup>60</sup> 이재상・前掲注(3) 222頁, 유지영・前掲注(4) 253頁, 이용식・前掲注(39) 88頁。

## 第2項 「意思連絡」必要説

その一方で、過失犯の共同正犯は、故意犯の共同正犯のそれと異なる基準で検討しなければならないということに賛意を表しつつ、過失犯の場合、故意犯とは異なる「意思連絡」が必要であるとする主張がなされた。この見解は、過失犯の共同正犯と同時犯を区別するためには、共同の客観的注意義務違反以外に、関与者らを繋げる主観的要素が必要であるとする<sup>61</sup>。이용식 (李用植) は、「危険防止対策上の相互間において、互いが機能的に補充・利用しながら行為していることに関する認識が要求される。過失行為者のこのような主観的結合要素により、客観的にだけ共同して行為する同時犯と区別される。しかし、共同して行為する意思は、共同の行為で危険を発生させるという認識と混同してはならない。なぜなら、このような認識が必ずしも要求されるのではないからである。過失による結果惹起は、行為者が、自身の行為が有する特別の危険性を認識し得ず、それにより侵害の結果を惹起することも多くあるからである

(認識なき過失)」と説く<sup>62</sup>。また, 안성조<sup>63</sup>は、「故意共同正犯において『犯行決議の共同』が全体結果を各自の作品にさせる『行為者的要素』として機能するのであれば、過失犯の共同正犯においては、『他人と共同の注意義務を負担して一緒に行為しているという認識』が『行為者的要素』として位置づけられる」とする。そして、この認識こそが過失犯の共同正犯と同時犯とを区別する基準であり、また複数の関与者に相互連帯感を形成させるため、「一部実行・全部責任」の根拠となると主張する<sup>63</sup>。

---

<sup>61</sup> 이용식・前掲注(39) 105頁。

<sup>62</sup> 이용식・前掲注(39) 106頁。

<sup>63</sup> 안성조・前掲注(42) 604頁。

このように、意思連絡必要説を支持する論者からは、過失犯の共同正犯と同時犯との区別基準として、一部実行・全部責任を根拠づけるために、行為者間「意思連絡」が必要であるとされた。ここでいう意思連絡は、故意犯の共同正犯のそれとは異なるものである<sup>64</sup>。たしかに、判例は、過失犯の共同正犯においても「意思連絡」を要求しており、大法院は意思連絡を「共同の犯行を実現しようとする意思の疎通」と解しているから<sup>65</sup>、そのように理解する限りは、過失犯に意思連絡は成立しえないという指摘は妥当であるという<sup>66</sup>。しかし、判例は、共同正犯の成立要素の1つとして共同加功の意思を挙げており、これは行為者が他の行為者と行為意思を一緒にすることを意味するものといえる。そのため、故意犯の共同正犯の場合、結果惹起に対する共同の意思を共同し、過失犯の共同正犯の場合には、危険な行為を一緒にすることを認識すれば足りると考えることができる。すなわち、過失犯の共同正犯における意思連絡は、故意犯のそれとは異なる「注意義務の相互連帯性に対する認識」<sup>67</sup>ないし「危険防止のため相互機能的に利用しあうことに関する認識」を意味するのであるという。

---

<sup>64</sup> 안성조・前掲注(42) 606頁。

<sup>65</sup> 大法院1987年9月22日 87도347判決, 大法院1985年12月24日 85도2317判決。

<sup>66</sup> 이용식・前掲注(39) 107頁。

<sup>67</sup> 안성조・前掲注(42) 606頁。

### 第3款 過失犯の共同正犯の成立要素

#### 第1項 共同の注意義務違反（過失の共同）

過失犯の共同正犯を肯定する論者らは、「共同正犯における共同の意思は、正犯を共同する意思である」とし、故意犯の共同正犯が「故意の共同」を要求するように、過失犯の共同正犯は「過失の共同」があれば足りるとする。したがって、「注意義務の共同（過失の共同）」が概念論理的に成立しうるのであれば、過失犯の共同正犯も当然認められると主張する。しかし、肯定論者の中でも、過失の共同をどのように解するかをめぐる見解が分かれる。

#### ア) 「機能的行為共同説」による過失の共同

まず, 심재우 (沈在宇) は、過失の共同を、「その注意義務の内容と限界において同質同量のもので、両者は相互連帯的な関係として依存しあうものでなければならない」と説く。たとえば、安全を確保するために踏切場の管理人を1人ではなく2人にしたこと、1つの岩を多数の人が一緒に転がしたことなどは、同質的な注意義務の内容と同量的な注意義務の限界が互いに一致している場合であり、この場合に限り「過失の共同」があるといえると説明する<sup>68</sup>。なお、注意義務の同質同量については、一般過失と業務上過失とでは、その注意義務の主体・内容・限界などにおいて同様ではないとし、過失犯の共同正犯の基礎となる過失の共同の判断においても、このような注意義務の質的・量的差異が前提になるとした。そのため、医療従事者とそうでない者、運転者と運転者ではない者、チーム医療における執刀医、麻酔医、看護師の間には、同質同

<sup>68</sup> 심재우・前掲注(33) 116頁, 안성조・前掲注(42) 601頁。

量の注意義務が存在しないとするのである。

#### イ) 過失共同・行為共同説による過失の共同<sup>69</sup>

他方、「過失共同・行為共同説」の立場から過失犯の共同正犯を認める 이재상 (李在祥) は、共同の注意義務は、各自に要求される注意義務の内容が同一のものであり、それが各自に同一の方法で同一の範囲内で適用されるものであると見、人が共同して石を転がしたり、踏切場の見張りをしたり、同一の物体と一緒に発砲する等の行為には、行為者の間に共同の注意義務が認められるとした<sup>70</sup>。この見解が、前述の機能的行為共同説における過失の共同と異なる点は、相互連帯的な関係の有無である。すなわち、本見解では、行為者の間に共同の注意義務があれば、相互連帯性がなくても過失犯の共同正犯が成立し得るとする。たとえば、1人で転がせる石を3人で転がした場合、機能的行為共同説に基づき過失共同を認める見解からは、行為者の間に「相互連帯性」が存在しないため、共同の注意義務が認められないが、本見解によると、共同の注意義務が肯定される点に相違があるのである。

#### ウ) その他の見解

---行為者間の過失の共同遂行の程度から過失犯の共同正犯を検討する見解 이충호<sup>71</sup>は、過失犯の共同正犯について、故意犯の共同正犯の成立要件に準じ

---

<sup>69</sup> 이재상 (李在祥) は、従来の行為共同説と区別するために、「過失共同・行為共同説」という用語を使っている (이재상・前掲注(3)228頁)。

<sup>70</sup> 이재상・前掲注(3)228頁、同様の見解として、유지영・前掲注(4)256頁。

<sup>71</sup> 이충호は、判例が要求する過失犯の共同正犯の成立要件は、①行為者個別過失、②行為者間の過失の過失共同、③共同過失による結果発生であると分析した。そして、過失犯の共

た検討を行う。すなわち、故意犯の場合、各行為者が当該犯罪に対する故意を有しており、また、各行為者間において「共同遂行」が認められなければならないと説いた上で、共同正犯の本質の問題は、まさにこの「共同遂行」内容を設定する作業であるとした<sup>72</sup>。その上で、過失犯の共同正犯における「共同遂行」を確認する方法として、判例事案を素材とし、行為者間の共同遂行過程を時間順に区分することを提案する。すなわち、(1) 行為者らが「特定の目標ないし計画」を共同に遂行する段階、(2) 行為者らが「特定の行為（前法律的行為）」を共同に遂行する段階、(3) 許されない危険を創設ないし増大させる行為に行為者らが合意・実行する段階、(4) 結果を発生させた注意義務違反自体を共同に遂行する段階という4つの段階に分類するのである。この4つの共同遂行の中で、どの段階を過失犯の共同正犯の成立要件として採用するかによって、過失犯の共同正犯の成立範囲が異なるというのである。

이승호は、「判例は、過失犯の共同正犯を認める際に、これらの段階を一貫して適用するのではなく、事案によって異なる基準を適用している」と指摘する。たとえば、三豊百貨店崩壊事故や聖水大橋崩壊事故の場合（本論文第3編第5章を参考:筆者注）、行為者間には、「特定の目標ないし計画」の共同だけが存在し、これは(1)段階に該当するにもかかわらず、過失犯の共同正犯を肯定しているのに、(2)ないし(3)の段階に該当し得る運転士と同乗者の事

---

同正犯を肯定した判例事案を、「個別過失」が重視された事案（建物の崩壊などに関する事案）、「過失共同」が重視された事案（運転士と同乗者の間過失共同事案）などに分類して検討する独自の理論を展開した。なお、機能的行為支配説を支持し、判例が要求する過失犯の共同正犯の成立要件のほかに、④機能的行為支配が必要であるとした（이승호 「과실범의 공동정범에 관한 판례의 검토와 학설의 정립」 형사법연구第23卷第2号〔2011〕159頁）。

<sup>72</sup> 이승호・前掲注(71)167頁。



案（本論文第3編第4章頁参照）に対しては，過失犯の共同正犯を否定したことを指摘する。また，過失犯の共同正犯の無限定な拡張を防ぐためには，過失の共同遂行の観念を厳格に適用しなければならないとし，（4）段階の共同遂行を過失犯の共同正犯の成立要件とするのが妥当であると主張する。また，過失犯の共同正犯を認めた最初の事案たる1963年の事案がこの（4）段階の共同遂行から過失犯の共同正犯を認めた判例であると評価した<sup>73</sup>。

## 第2項 行為の共同

共同正犯の客観的成立要件たる「共同加功の事実」は，過失犯の共同正犯においても認められなければならない。肯定説は，過失犯においては注意義務違反の事実につき主観的認識は必要とされないので，犯罪的意思が存在しなくても，過失結果を発生させる行為を共同に行うことは可能である，と説く。ここでの「共同加功の事実」とは，自然的な行為の共同を意味するのではなく，構成要件的行為の共同のことであるから，単なる「行為共同」とは異なるとされる。その一方で，심재우（沈在宇）は，行為者の間には，「不作為犯においては不作為の共同が必要であり，作為犯においては作為の共同が必要となる」という<sup>74</sup>。たとえば，2人の機関士が同じ機関車の運転を担当する際に，両者とも前方の突発状況に気付かなかったことで過失事故が生じた場合には，——それに気付かなかった具体的な理由は異なるものであったとしても——結果発生の防止義務を果たせなかった不作為であることは同様であるため，行為の共同が認められるという。

---

<sup>73</sup> 이승호・前掲注（71）171-172頁。

<sup>74</sup> 심재우・前掲注（33）118頁。

### 第3節 肯定説からみた過失犯共の同正犯の肯定判例

以上、韓国の過失犯の共同正犯否定説とその肯定説を概観してきた。現在の学説においては否定説が多数説を占めているが、判例の立場である肯定説も、近年、増加傾向を見せている。ただ、肯定説の内部において、過失犯の共同正犯の成立と適用範囲の限界をめぐっては見解が一致しておらず、さまざまな基準が提案されていることが明らかとなった。そして、最も注意を引くのは、過失犯の共同正犯を肯定する判例と、学説における肯定説との関係である。というのも、現在の学説状況に鑑みると、肯定説を採るとしても、判例が過失犯の共同正犯を肯定した大部分の事案を説明することができず、学説上の肯定説と否定説の間にはさほど大きな結論の差異が生じないからである。そこで、以下においては、判例が過失犯の共同正犯を認めた事案につき、肯定説の論者がそれをいかに評価しているかについて検討を行うこととする（各事案の具体的事実関係や判決内容については、本論文第3編を参照）。

#### 第1款 大法院1962年3月29日判決（貨物トラック事件） について

韓国の大法院が、過失犯の共同正犯を認めた最初の判決のケースにつき、肯定論者の多くは、過失犯の共同正犯の成立を否定する。その主たる根拠は、各行為者間において過失の共同を認めることができないというところにあるのである。すなわち、本事故における荷主と運転士は、各自の注意義務の内容・方法・範囲において同一（いわゆる、同質・同量の注意義務）ではないとし、過

失の同時犯にすぎないと指摘する<sup>75</sup>。この点に関し、過失の共同を認めうるためには、行為者間の注意義務が内容・方法・範囲において同一である上に、行為者の相互が連帯して依存する関係になければならないとする見解がある<sup>76</sup>。この見解によると、本ケースの過失行為たる運転行為は、もっぱら運転士がその行為を掌握しており、ここには荷主との相互依存関係ないし連帯関係を認めることができないということになる。いずれの見解も、各行為者の間において「過失の共同」が認められないことから、過失犯の共同正犯が成立し得ないという結論においては同じである。ただ、前者の見解は、過失の共同の有無を判断する際に、「注意義務の内容・方法・範囲の同一性」があれば足りるとする一方で、後者の見解は、それに加えて、「相互連帯性」を求めることに相違がある。

しかし、これらの見解に対しては、「過失の共同」の判断基準が不明確であるとする指摘がなされている。すなわち、注意義務の「同質・同量」とはどのようなことであるのか、また、相互連帯的注意義務とは何かがいまだ解明されておらず、さらに、過失の共同を厳格に解するところから、その実践的意味が疑われることにもなる。これに対し、過失の共同遂行の内容設定いかんによって過失犯の共同正犯の成否を検討する見解は、結果を発生させた注意義務違反につき両者が共同に遂行（4段階）したとし<sup>77</sup>、判例の結論を支持する<sup>78</sup>。

---

<sup>75</sup> 이재상・前掲注(3) 229頁。

<sup>76</sup> 안성조・前掲注(42) 610頁。

<sup>77</sup> 本見解は、行為者間の共同遂行過程を時間の流れに基づき4段階に区分している。その詳細については、本章2節3款を参照。

<sup>78</sup> 이승호・前掲注(71) 171頁。

## 第2款 大法院1979年8月21日判決（運転兵飲酒運転事件） について

先任搭乗者と運転兵と一緒に飲酒した後，運転兵の（飲酒）運転による過失事故が発生したという本事例は，一見，運転者と同乗者との関係ということで，上記の貨物トラック過失致死事案と同様のものであるようにも見える。そのため，貨物トラック事件と同様の根拠で，先任搭乗者の監督義務と運転兵の事故防止義務は（注意義務の内容・方法・範囲からみて）共同のものではないとし，過失犯の共同正犯を否定する見解や<sup>79</sup>，両者には「過失の共同」と「行為の共同」がないため，過失犯の共同正犯が成立しえないとする見解<sup>80</sup>からは，判例に対する否定的な結論が導かれる。

また，過失犯の共同正犯の成否を共同遂行の内容設定により判断する見解からは，両者が一緒に飲酒した行為を「許されない危険を創設ないし増大させる行為に行為者らが合意し，これを実行する段階」に該当すると解し（3段階），過失犯の共同正犯の無限定な拡張を防ぐために，この程度の共同遂行では過失犯の共同正犯を否定すべきであるという<sup>81</sup>。

これに対し，本事案は，貨物トラック事件のケースと異なり，行為者が監督者（先任搭乗者）と被監督者（運転兵）の関係であることに注目し，先任搭乗者の監督義務の影響力から見て判例の立場を支持する見解もある<sup>82</sup>。この見解

---

<sup>79</sup> 이재상・前掲注（3）229頁。

<sup>80</sup> 심재우・前掲注（33）125-126頁。

<sup>81</sup> 이승호・前掲注（71）171頁。

<sup>82</sup> 안성조・前掲注（42）610-611頁。

は、先任搭乗者の監督義務が結果発生において「主導的」影響力を与え得るものであったか否かを検討する必要があるとする。ここで、本事案と行為者の関係が類似する運転兵の運転未熟事件（大法院 1986年5月27日 85도2483判決，第3編の第3章を参照）と比較すると，通常の場合，先任搭乗者の監督義務は安全運転に関する一般的な注意に止まるので過失犯の共同正犯が成立しないとする。ただし，本事案のように一緒に飲酒をした場合には，酒を一緒に飲んだ瞬間から，先任搭乗者の監督義務は運転兵の安全運転に「主導的」影響力を与えると説く。なぜなら，一緒に飲酒をする場合，運転兵は酔いがさめるまで運転してはならない注意義務があり，先任搭乗者は運転兵の酔いがさめるまで運転させない結果回避義務があるにもかかわらず，両者がこのような注意義務を怠ったのは「同質・同量の相互連帯的注意義務」違反であるからであるという。

しかし，このような主張に対しては，「主導的影響力とは何か」という問題の外に，いくつかの疑問が生じる。なぜ先任搭乗者が運転兵と一緒に飲酒をすることから「同質・同量の相互連帯的注意義務」を認められるのであろうか。本見解がこれを認める根拠は，先任搭乗者が運転兵と一緒に飲酒し運転させたことは「先任搭乗者が運転兵に『不注意の運転』の指示を直接出したこととほかならない<sup>83</sup>」からであるという。通常の場合，運転行為は運転兵の行為領域であるので，先任搭乗者の監督義務は運転兵の安全運行に対する監督にすぎないが，一緒に飲酒をすることにより，先任搭乗者は運転兵の安全運転に「主導的」影響力を与えたというのである。しかし，特に飲酒運転をさせるつもりのない単なる「一緒に飲酒行為」が，なぜ不注意の運転を指示したような積極

---

<sup>83</sup> 안성조·前掲注(42) 611頁。

的行為として評価され得るのかにはなお疑問がある。また、仮に一緒に飲酒をした行為から先任搭乗者の運転兵に対する主導的影響力を認めることで相互連带的関係があるとしたとしても、運転兵の「酔いがさめるまで運転してはならない注意義務」と、先任搭乗者の「運転兵の酔いがさめるまで運転させない注意義務」とでは「同質・同量」とは言いがたいと思われる<sup>84</sup>。というのも、注意義務の同質・同量とは「注意義務が多数の関与者らに共通するもの」であることを意味するとしているが、運転兵の運転上の注意義務と、先任搭乗者の監督義務とで注意義務が共通するといえるのかについて疑問が残るからである。

### **第3款 建物の崩壊事故に関する諸判例（三豊百貨店崩壊事故，聖水大橋崩壊事故など）をめぐって**

1994年のマンションの崩壊事故判決（大法院 1994年3月22日 94도35判決）以降、判例は建物の崩壊事故について、設計・施工・制作及び維持管理の担当者にまで、過失犯の共同正犯を認める。マンションの崩壊事故について、大法院は、「各自が協力して本件建物を安全かつ丈夫に建築しなければならない注意義務があっただけではなく、互いに意思を連絡して本件建物を建築したのであって、刑法第30条所定の共同正犯関係が成立する」とした。また、聖水大橋崩壊事故については、「本件事故聖水大橋を安全に建築するという共同の目標と意思連絡があつたと見なければならぬので、上記の被告人らには本件業務上過失致死傷罪に対して刑法第30条所定の共同正犯関係が成立すると見るべき」とし、従来の「2人以上がある過失行為を互いの意思連絡の下で行い、犯罪の結果を

---

<sup>84</sup> 同様の指摘として，이재상・前掲注（3）229頁。

発生させた場合」に過失犯の共同正犯を認めた事案とは少し異なる理論構成を行っていると思われる<sup>85</sup>。

このような判例の立場に対し、否定論者からは、判例のいう共同の目標または共同の行為は、犯罪的行為とは無関係の客観的（事實的）行為にすぎず、そこには——意思連絡は共同の犯行意思であるため——意思連絡を認められない<sup>86</sup>、注意義務の具体的な内容が異なるのに共同の注意義務を認めることはできない<sup>87</sup>などの批判が加えられている。

そこで、このように、同一の対象に関連する同一の法益を目的とする注意義務は、関与者の具体的注意義務の内容が異なっても、共同の注意義務であるといえるのかという点が問題となりうる。この点について肯定説の一部は、共同正犯に対するロクシンの見解を援用して議論を展開する<sup>88</sup>。すなわち、注意義務違反行為が相互に補充的・連帯的な場合であれば、各自は共同して、全部の行為を行うことにほかならないというのである。たとえば、A、B、Cの注意義務が相互依存する状況であるため、各自の注意義務違反が合わさる場合のみ結果が発生するのであれば、共同の注意義務が認められるとする<sup>89</sup>。ここにおい

---

<sup>85</sup> 김재희 「위험사회와 과실의 공동정범」 성균관법학第23卷3号（2011）285頁。

<sup>86</sup> 김유근・前掲注（31）160頁以下，배중대・前掲注（10）563頁。

<sup>87</sup> 전지연・前掲注（30）46頁。

<sup>88</sup> 이용식・前掲注（39）104頁以下，안성조・前掲注（42）612頁以下。ロクシンの見解を詳細に紹介した文献としては，문채규・前掲注（16）367-369頁を参照。

<sup>89</sup> ここでは、分業的医療行為をその例として挙げているが（이용식・前掲注（39）104頁），分業的注意義務違反の場合には垂直的關係であるため，原則的には信賴の原則が適用される領域であると考え（本論文2編8章2節の信賴の原則に関する部分を参照）。ただ，麻酔医と担当医のような平等の關係については，機能的協業關係が認められ得ると思われる。これに対し，分業的医療行為などにおける「地位の対等性」は，分業において結果に関する各関

てロクシンの理論を援用し、「同一の対象に対する同一の法益保護を目的とする場合であれば、注意義務の具体的な内容が一致しなくても共同の注意義務がある」という<sup>90</sup>。たとえば、Aは飛行機を組み立てる業務を担当し、BはAの業務に過ちがないのかを検査する業務をするのであれば、AとBの注意義務は、その具体的な内容としてはそれぞれが異なるとしても、両者の注意義務は、共同の注意義務関係であるとするロクシンの見解を、建物の崩壊事故に適用するのである。聖水大橋崩壊事故についてこれを見れば、大法院のいう「聖水大橋を安全に建築するという共同の目標」は、同一の対象に対する同一の法益保護を目的とする場合に該当し、「意思連絡」は、注意義務内容に対する相互連帯性の認識であるとする。また、「聖水大橋のような橋梁がその寿命を保つためには、建設業者の完璧な施工、監督公務員らの徹底した製作施工上の監督および維持管理を担当している公務員らの徹底した維持管理という条件が合致しなければならぬ」という判示は、各自の注意義務違反が合わさる場合のみに結果が発生されることに該当すると解する。したがって、聖水大橋の設計・施工・維持管理単会の各関係者には共同の注意義務があるとするのである<sup>91</sup>。

こうした見解に対しては、設計・施工・管理の担当者らはそれぞれが異なる

---

与者の注意義務の相互依存性を意味するだけであり、業務上の身分関係を意味するのではないとし、医師と看護師の間でも過失犯の共同正犯が成立しうるとする見解としては、안성조・前掲注(42) 614頁がある。これまでの判例をみると、助産師と助産師の間に過失犯の共同正犯を認めた例(ソウル北部地法 2007年10月25日 2007ㄴ767判決)はあるものの、チーム医療において医師と看護師の間に過失犯の共同正犯を認めたものはない。

<sup>90</sup> 이용식・前掲注(39) 104頁, 안성조・前掲注(42) 613頁。

<sup>91</sup> 이용식・前掲注(39) 104-105頁, 안성조・前掲注(42) 613頁。



段階において、内容の異なる注意義務違反行為を犯しただけであるとし<sup>92</sup>、このように同一の内容の注意義務違反のない、単なる過失競合の事案においては共同の注意義務違反がないとしなければならないとの指摘がある<sup>93</sup>。さらに、共同の目標と意思連絡だけで共同の注意義務を認めることも妥当ではないとし、判例の見解を批判するものがある<sup>94</sup>。

#### 第4款 小 括

以上では、判例が過失犯の共同正犯を肯定した事案について、それらは各肯定説の基準から見るとどのように評価されるのかについての検討を行ってきた。すでに述べてきたところから明らかであるように、肯定説を採るとしても、学説と判例の間のギャップを解消させることはできない。また、どの肯定説を採るかによって、判例に対する評価が異なってくるなど、肯定説の中でも意見の一致が全く見られない状況であるといえよう。以下では、なぜ判例と学説との間に共同正犯をめぐる理解のギャップが生じてしまうのかにつき、若干の考えを述べておくこととしたい。

それは、過失犯の共同正犯肯定説の理論構成に関する、判例・学説の考え方の根本的相違に起因するものと見られる。たしかに、判例が過失犯の共同正犯を認める際に、どの理論を採用しているのかは判文上明示されていないので、判例の立場を正確に把握することはできない。ただし、判例の「2人以上があ

---

<sup>92</sup> 이재상 『형법기본판례 총론』 (2001) 280頁。

<sup>93</sup> 이재상・前掲注 (3) 229頁。

<sup>94</sup> 이재상・前掲注 (92) 279頁。

る過失行為を互いの意思連絡の下で行い、犯罪の結果を発生させたのであれば、過失犯の共同正犯が成立する<sup>95</sup>」としたことに対し、学説からは、これは、判例が「行為共同説」に依拠して過失犯の共同正犯を肯定したものであると評価するのが一般的であり、ほとんど異論のないところである<sup>96</sup>。他方において、上述のところでも検討したように、現在、肯定説論者の中で、行為共同説に依拠して過失犯の共同正犯を認めようとする見解は存在しない。そうであるとすれば、肯定説と判例とでは、過失犯の共同正犯に関する考え方のバックボーンから相違があるといえよう。そのような理解の相違は過失犯の成立要件の設定に対しても影響を及ぼしていると考えられる。

このような状況は、判例が、過失犯の共同正犯を肯定して以来、「意思連絡」概念を過失犯の共同正犯の成立要素として維持しているのにもかかわらず、学説によりその具体的な基準や内容がいまだに解明されていないところからも明らかであろう。

第3編ですでに検討したとおり、韓国の判例は過失犯の共同正犯の成立要件として、一貫して「意思連絡」を求めている。これに対し、学説上の肯定説は、①過失犯において意思連絡という観念はそもそも成立し得ないとし、故意犯と過失犯とが異なるのと同様に、故意犯の共同正犯と過失犯のそれとは成立要件

---

<sup>95</sup> 大法院 1962年3月29日 4294형상598判決。

<sup>96</sup> 判例が行為共同説から過失犯の共同正犯を肯定したとし、それについて批判した見解としては、전지연・前掲注(30)35-36頁。その他にも, 이재상・前掲注(3)220頁, 김재희・前掲注(85)285頁, 안성조・前掲注(42)609頁, 신동운『판례백선 형법총론』(2006)454頁以下, 유지영・前掲注(4)244頁などを参照。そこで、否定説の側からは、判例が故意犯の共同正犯については機能的行為支配説を採用しつつ、過失犯の共同正犯については「行為共同説」を採用することで理論構造の統一性に問題が生じていると指摘されている。

が異なると主張し、過失犯の共同正犯において意思連絡は不要であるとしたり、②判例のいう「意思連絡」は、故意犯の共同正犯でいうそれとは異なる概念であるとして斥けたりする。また、肯定説においては、過失犯の共同正犯の成立要素として「過失の共同」「注意の共同」が挙げられているが、その解釈をめぐりさまざまな議論がなされている。もともと「共同」という概念には広いスペクトラムが存在しており、これを広くも狭くも捉えることができる。共同を広く捉えると単なる事実行為を共同するだけで過失犯の共同正犯を認めることができ、これを厳格に捉えるとその成立範囲がきわめて限定される。そこで学説上、過失犯の共同正犯の無限定な拡大に歯止めをかけるため、肯定説も過失犯の共同正犯の成立要件について一定の制限を設ける試みを行ってきたのである。そのような試みの代表的な例が「同質・同量の注意義務」や「相互連帯性」であるといえよう。

まず、同質・同量の注意義務という場合、その内容は必ずしも明らかではないが、同質・同量の注意義務があるとされる事例からみると、同一対象に対する同一の内容と同一の遂行方法の注意義務をいうと考えられる。そうであるとすれば、この条件からだけでも、過失犯の共同正犯を肯定した判例事案の大部分においては、それが否定されることになるのである。なぜなら、大部分の事例においては、行為者らの間において、それぞれの行為の内容・方法・範囲が相違するのが通常だからである。

さらに、これに加えて、学説の一部にみられるように行行為者間の「相互連帯性」まで要求するとき<sup>97</sup>、過失犯の共同正犯の成立範囲は、実務上意味のある

---

<sup>97</sup> たしかに、相互連帯性をゆるく解釈すれば、その制限が、同質・同量の注意義務を認める

例を挙げられなくなるぐらい縮小されることとなると思われる<sup>98</sup>。

今までの議論状況の中で明らかとなったように、過失犯の共同正犯を肯定する論者の核心的な主張の1つは、これを認めないときに生じ得る処罰の間隙を埋めることができるということであった。しかし、今までの検討に照らしてみると、実際に肯定説により過失犯の共同正犯が肯定され得る事例は、講学上のケースにとどまるほど、きわめて制限的であるため、肯定説と否定説とは、結論において大きな差異がみられないともいえるのである。

たしかに、建物の崩壊事案などに関して、ロクシンの所説を援用し、過失犯の共同正犯の成立可能性を探る見解もある。しかし、運転者と同乗者の場合には過失犯の共同正犯の成立を否定しつつ、これより広い範囲で関与者間の共同正犯責任を認めることになる建物の崩壊事故等においては、過失犯の共同正犯を認めるという結論には、議論の首尾一貫性の観点から違和感を感じざるを得ないのである。

以上のような状況に鑑みると、否定説の主張のように、肯定説を認める実益が疑われることにもなる。過失犯の共同正犯をめぐる肯定説内部での争い、判例と肯定説との関係等をみると、学説と判例とは異なるレールの上を走っているという印象を受けざるを得ないのである。

すでに述べた通り、韓国の学説では否定説が長く通説の立場を占めており、

---

ときと全く変わらないこともあり得るが、これを「その行為者の1人でもいなければならない程度の関係」と厳格に解釈・適用すると、10名で転がさなければ転がすことができない石を10名で転がすとき、4名で持ち運ばなければ動かさない鉄筋を4名で運ぶ時など、現実上その例を探すことがほとんど不可能な、きわめて珍しい事案に限り、過失犯の共同正犯が肯定されるのであろう。

<sup>98</sup> 同様の指摘としては、배종대・前掲注(30)13-14頁。

肯定説も増加の傾向を見せているものの、判例のいう過失犯の共同正犯の成立要件やその具体的内容に関する議論が学説上、活発に行われてきたとはいえない。近年では、判例の傾向などを踏まえて新たな肯定説の展開を試みる見解も見られるが、それも判例の成立要件とは異なる基準を提案するものである<sup>99</sup>。判例は、半世紀にわたり過失犯の共同正犯を肯定し、先例を蓄積してきており、そこには一定の確立した傾向が見られる。したがって、過失の成立要件の設定に先立ち、今まで判例が主張してきた過失犯の共同正犯の成立要件についての立ち入った議論を通じて、その内容を解明した上で、その正当性等を検討する必要があると思うのである。

## 第4章 日本における過失犯の共同正犯論

### 第1節 故意犯の共同正犯に関する見解

日本刑法60条は、共同正犯を「2人以上共同して犯罪を実行」する場合と規定している。本条文における「共同して犯罪を実行した」という文言の解釈については、韓国と同様、犯罪共同説と行為共同説の対立があった。犯罪共同説は、「共同して犯罪を実行した」の内容を、共同して「特定の1つの犯罪」を実行した、と考える。

一方、行為共同説においては、共犯者は各々自己の犯罪の実現を目指しているが、他人の行為を利用することによって自己の行為の因果的影響力を拡大す

---

<sup>99</sup> 이승호・前掲注(71) 171頁以下。

る点に共同正犯としての特徴があるとされる（「数人数罪<sup>100</sup>」）。犯罪共同説とは異なり、共同正犯成立には自然的行為を共同にする意思があれば足り、結果を共同にする意思つまり故意の共同までを必要とはしないので、過失犯であっても共同正犯を認めることは可能とされてきた。しかしながら、同時犯においても、複数の者の行為が同時に行われ、因果的に影響を与え合うことが考えられるので同時犯との区別が不明確になる点が批判されている。なお、韓国では、犯罪共同説と行為共同説の双方とも、共同正犯の成立要件として、「共同の意思」と「共同加功の事実」が必要である点では見解が一致するのに対し、日本の行為共同説では、「共同の意思」という主観的な成立要件が必要かどうかについては説が分かれている。まず、行為共同説においても「共同加功の意思」という主観的要件を通じて共同正犯の成立範囲を限定しようと試みられた。しかしながら「共同加功の意思」は、行為の実行の際、他者と共同するという意識であるので、相互的な了解までは必要ではないとされる。そこで、行為共同説に立ちつつも、60条の「共同」の文言は意思連絡に基づく共同行為を意味すると解し、ただしその内容については故意の意思連絡までは必要ではないとする見解も登場した。

なお、日本においては共犯の処罰根拠は結果に対して因果性を及ぼしたこととする因果的共犯論の影響が強いため、現在でも意思連絡を心理的因果性として因果関係の問題に解消させようとする見解が有力である。そのため、意思連絡は必ずしも共同正犯の要件ではないと考える見解が多く、機能的行為支配説は圧倒的通説とはいえない状況である。

---

<sup>100</sup> 井田良『講義刑法学・総論』（2008）465頁。

## 第2節 過失犯の共同正犯論の変遷

日本における過失犯の共同正犯論の発展過程を概観すると以下のとおりである<sup>101</sup>。戦前および戦後の初期には、過失犯の共同正犯の成立問題が犯罪共同説と行為共同説の対立問題とされ、犯罪共同説に立てば否定説<sup>102</sup>、行為共同説に立てば肯定説<sup>103</sup>と整理されていた。この時期は、過失を責任形成期としてのみ把握されおり（旧過失論）、「特定の犯罪に関する実行意思の共同」を必要とする犯罪共同説が多数説であったため、過失犯の共同正犯の否定説が支配的であり、判例も否定説の立場であった<sup>104</sup>。

しかし、1970年代に入ると、行為共同説と犯罪共同説との対立という従来の図式が崩れ始め<sup>105</sup>、過失犯の共同正犯の成立を否定してきた犯罪共同説の立場からも過失犯の共同正犯を肯定する見解<sup>106</sup>が精力的に展開された。特に、新過失論の台頭により、過失犯にも実行行為が存在することが認識されて、その共同実行という形で過失犯の共同正犯が認められうるようになり、また旧過失論

---

<sup>101</sup> 過失犯の共同正犯の歴史を検討した文献としては、大塚裕史「過失犯の共同正犯」刑事法ジャーナル28号（2011）11頁、嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論——共同正犯論序説——（1）」法学協会雑誌121巻1号（2004）78-82頁、松宮・前掲注（101）162-172頁。

<sup>102</sup> 滝川幸辰『犯罪論序説』（1947）229頁。

<sup>103</sup> 牧野英一『日本刑法 上巻 総論』（1937）460頁、木村亀二『刑法（総論）』（1962）342頁。

<sup>104</sup> 大判明治44・3・16刑録17輯380頁、大判大正3・12・24 刑録20輯2618頁。

<sup>105</sup> 大塚（裕）・前掲注（101）11頁。一方、行為共同説と犯罪共同説の対立の崩れは1960年代から始め、1970年にはその傾向が顕著であったと評価する見解としては、松宮・前掲注（101）163頁を参照。

<sup>106</sup> 内田文昭『刑法における過失共働の理論』（1973）2頁以下、大塚仁『犯罪論の基本問題』（1982）315頁。

からも、過失行為は実質的に許されない危険を持った行為であると理解されるようになったため、不注意の共同を認める余地ができた。このような動きについては、「共同正犯」の本質論に基づくかつての議論から、「過失犯」の本質論に基づく過失犯の共同正犯論へと議論の傾向が変化した、と評価されている<sup>107</sup>。また、判例をみると、最高裁判例<sup>108</sup>が過失犯の共同正犯を肯定するようになって以降、下級審裁判例も若干の否定例<sup>109</sup>があるものの、肯定に転じた<sup>110</sup>。

1990年代になると、過失犯の共同正犯が一時有力化した状況は、否定説によって揺り戻しを受けることとなった<sup>111</sup>。まず、否定説側から、因果的共犯論を基礎として同時犯に解消すべきであるとする主張がなされた<sup>112</sup>。また、戦後ドイツにおける圧倒的な通説<sup>113</sup>と同様に、そもそも過失犯には正犯と共犯の区別は存せず、統一的正犯概念が妥当であるとする見解も見受けられた<sup>114</sup>。しかしながら、2000年以降、同時犯への解消を主張する説は批判にさらされ、再び過失犯の共同正犯を肯定する見解が多く支持されることとなった。とはいえ、過失犯の共同正犯の成立範囲は必ずしも明確ではない状況である<sup>115</sup>。近時の裁判例では、過失犯の共同正犯の要件等を詳細に検討せずに、適用条文に60条を挙

---

<sup>107</sup> 曾根威彦『刑法原論』（2016）587頁。

<sup>108</sup> 最高裁昭和28・1・23 刑集7巻1号30頁（メタノール事件）。

<sup>109</sup> 秋田地裁昭和40・3・31 下刑集7巻3号536頁。

<sup>110</sup> 名古屋高裁昭和31・10・22 高刑裁特3巻21号1007頁（電気溶接事件）。

<sup>111</sup> 松宮・前掲注（101）166頁。

<sup>112</sup> 北川佳世子「我が国における過失共同正犯の議論と今後の問題」刑法雑誌38巻1号（1998）1号53頁。

<sup>113</sup> 嶋矢・前掲注（101）81頁。

<sup>114</sup> 高橋則夫『刑法総論』（2010）438頁、佐々間修『刑法総論』（2009）438頁。

<sup>115</sup> 大塚(裕)・前掲注（101）12頁。



げて過失犯の共同正犯を認めている事案も現れている<sup>116</sup>。

### 第3節 過失犯の共同正犯の肯定説

過失犯の共同正犯の成立を否定する犯罪共同説に対して、行為共同説は、行為・因果関係の共同が存する限り過失犯の共同正犯が成立し得るとした<sup>117</sup>。行為共同説は、共同正犯とは自然的に行為を共同とするものであるとし、共同正犯の成立には自然的行為を共同にする意思があれば足るとする。そのため、結果を共同にする意思の共同（故意の共同）までは要らず、過失犯であっても行為の共同する意思があれば共同正犯が肯定される、としたのである<sup>118</sup>。

しかしながらすでに述べたとおり、過失犯の共同正犯の成否において、刑法60条の「2人以上共同して犯罪を実行した」という文言は、故意に限るものではなく、過失犯の共同正犯は現行刑法上成立可能であるとする、犯罪共同説からの肯定説が広まってきた。すなわち、犯罪共同説の支持者も、過失犯の実行行為は「客観的注意義務違反」行為であり、それを共同で実行することはありうるとして過失犯の共同正犯を認めるのである。また行為共同説を採りつつ、

---

<sup>116</sup> 奈良地判平成24・6・22 判タ1406号363頁，札幌地判小樽支部平成12・3・21 判時1727号172頁（ニセコアンヌプリ「春の滝」事件）。ニセコアンヌプリ「春の滝」事件の評釈については、須之内克彦「雪崩事故とツアーガイドの刑事責任」ジュリスト1202号（2001）146頁以下などを参照。

<sup>117</sup> 行為共同説に拠りつつ過失による共犯を（理論的には）認め得るとした論者としては、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（2007）426頁。一方、過失犯による教唆，幫助は文理上認められず，共同正犯のみが認められるとする論者は，嶋矢・前掲注(101)78頁以下，山口・前掲注（5）—159頁などを参照。

<sup>118</sup> 内海朋子「過失の共同正犯をめぐる問題——否定説を中心に——」『慶應法学政治学論究』43号（1999）350頁。

過失犯の共同正犯が成立するほとんどの事案は、過失同時犯により解消できるとしながらも、一定の場合に限って過失犯の共同正犯が肯定されるとする見解もある。そのような「一定の場合」とは、「共同者が同一の結果防止のために重疊的に共通の注意義務を果たしていれば、自動的に他の行為者の過失による結果発生をも防止しえたという場合」であり、このような場合に「『直接的な』因果関係の証明ができないために不可罰とする不合理を回避するためには過失犯の共同正犯を認める必要がある、とするのである<sup>119</sup>。

#### 第4節 過失犯の共同正犯の否定説

すでにみたとおり、意思連絡に関する対立について日本では犯罪共同説と行為共同説の争いが過失犯の共同正犯の成否と関係しており、日本において否定説は、犯罪共同説により主張されてきた。そして、犯罪共同説からの肯定説が有力になった後も、過失犯に実行行為が存在するとしても過失行為は無意識的側面が本質であるから、意識的側面の意思の連絡をもとにして過失犯の共同正犯を論じるのは過失犯の本質に反し、やはり過失犯の共同正犯は認められないという批判<sup>120</sup>がなされた。また共同意思主体説の見地からも、過失犯においては共同目的の下に行おうとする共同意思主体自体を観念しえないため共同正犯が否定されるのが一般的と考えられてきた。さらに、目的的行為論による場合にも、目的追求の活動と評価できない単なる結果惹起を内実とする過失犯

---

<sup>119</sup> 西田典之『刑法総論〔第2版〕』（2010）383-384頁。

<sup>120</sup> 団藤重光「過失犯と人格責任論」『日沖憲郎還暦祝賀・過失犯（1）』（1966）77頁。

では、そもそも正犯と共犯の区別がなく、統一的正犯体系が妥当するとされ<sup>121</sup>、過失犯の共同正犯が否定される。

一方、これまでの両説の対立軸とは異なった視点から、過失犯の共同正は過失同時犯に解消することができる（過失同時犯解消説）が登場した<sup>122</sup>。本見解は、否定説であるにもかかわらず、従来の否定説を根幹とするものではなく、むしろ肯定説の「共同義務の共同違反」を基礎としそれをアレンジしたという特殊な見解であるとする見方もある<sup>123</sup>。本見解は、従来過失犯の共同の成立が試みられてきた事案について、過失犯の同時犯を認めることができるとする。肯定説の多くは、その成立要件として「共同注意の共同違反」を要求しているが、この共同義務は、横の関係における相互監視義務に基づく一種の監督過失を認めるものであり、各人は相互の行為を監督してそこから過失の結果が生じないようにする注意義務があるので、共同正犯を認めなくても監督義務違反について過失同時犯として処罰することが可能である、という<sup>124</sup>。すなわち、双方向的な監視・監督義務を認めることにより、各人が違反した過失犯の同時犯に解消することができるので、あえて過失犯の共同正犯を認める必要がないとするのである<sup>125</sup>。これに対して、そもそも過失犯の共同正犯と評価すべき実態があるのに、それを過失同時犯に解消すること自体に無理がある、という批判

---

<sup>121</sup> 松原芳博『刑法総論〔第2版〕』（2017）461頁。

<sup>122</sup> 山口・前掲注（5）156頁。

<sup>123</sup> 今井康介「過失犯の共同正犯について（2）」早稲田大学大学院法研論集第144号（2012）11頁。

<sup>124</sup> 西田・前掲注（119）383頁，井田・前掲注（100）476頁。統一的正犯体系を採用して過失犯の共同正犯を過失単独正とする見解として，高橋・前掲注（114）471頁。

<sup>125</sup> 松宮・前掲注（101）166頁。

がある<sup>126</sup>。たしかに過失犯の共同正犯を理論的に否定できない限り、「實際上  
必要ない」ことを理由として、その成立可能性まで否定することはできないで  
あろう<sup>127</sup>。また同時犯解消説は、「他人の行為から結果が発生することを回避  
する義務」を「横の関係における一種の監督過失」と説明しているが、監督者  
と被監督者の関係における監督義務に「相互性」を認めることは難しく、両者  
の間に監督関係が存在しない場合には監督義務違反を認めることができない  
ため、過失単独犯の成立を肯定することはできない、と指摘される<sup>128</sup>。さらに、  
例えば、AとBが交互に屋上から地上まで瓦を落とす作業を行っていたとき、  
A・Bのうちどちらかが落とした瓦に通行人が当たって死亡したが、どちらの  
瓦が当たったかは解明できなかった場合、AとBに業務上過失致死罪を認める  
ためには、直接過失と監督過失の択一認定が必要になるが、内容の異なる注意  
義務違反の間において択一認定が許されるかは異論の余地がある点も指摘され  
ている<sup>129</sup>。

## 第5章 比較法学的観点からみた過失犯の共同正犯

犯罪共同説と行為共同説の対立において、前者によれば過失犯の共同正犯を  
否定し、後者によればこれを肯定したという理論状況は、韓国においても見受  
けられた。この点につき、「元来、犯罪共同説と行為共同説はフランス刑法学

---

<sup>126</sup> 大塚・前掲注（101）14頁。

<sup>127</sup> 山口・前掲注（5）164頁。

<sup>128</sup> 山口・前掲注（5）164-165頁。

<sup>129</sup> 松原・前掲注（121）464頁。

の共犯説明に関する理論に基づくものであったところ、日本の刑法学者らが共同正犯の成立範囲に関してこれを援用することで有意義なものとなった。ドイツ刑法学ではこのような理論が存在しない<sup>130</sup>、従来の過失犯の共同正犯に関する議論は、日本の過失犯の共同正犯論の影響を受けたと評価されている<sup>131</sup>。

しかし、過失犯の共同正犯をめぐるその後の議論の変遷は、日本と韓国において大きく異なる。日本の場合、大審院は過失犯の共同正犯を否定していたが、最高裁が過失犯の共同正犯を肯定するようになり、犯罪共同説からの肯定説も有力化した。その後、肯定説に対して、過失犯の共同正犯事案は過失同時犯として解消することができるとする見解が主張され、さらにこれに対する肯定説側からの批判が展開された。このように、日本の過失犯の共同正犯論は否定説側と肯定説側が相互に批判しあいながら、相互的に発展してきたのである。現在、学説において否定説・肯定説のどちらかが圧倒的通説であるとはいえないが<sup>132</sup>、肯定説においては「共同義務の共同違反」説が有力化しており、近年最高裁判例においても「共同義務の共同違反」という基準が明示されるに至った。

一方、韓国の場合、刑法制定時から現在に至るまで、否定説が多数説を占めている。しかしながら、否定説が、刑法制定時から一貫して同様の理解に基づ

---

<sup>130</sup> 신동운・前掲注(21)599頁, 김일수・前掲注(47)275-276頁。

<sup>131</sup> 従来, 韓国の学説が過失犯の共同正犯の問題を, ——牧野英一による——犯罪共同説と行為共同説の対立構造と関連して議論したと説く見解としては, 김유근・前掲注(31)148頁, 刑法制定後, 初期の過失犯の共同正犯の成否に関する判例・学説の展開が日本の影響を受けたとした見解としては, 정진연「과실범의 공동정범」승실대학교법학논총第8輯(1995)116頁。

<sup>132</sup> 内海・前掲注(118)349頁。

いているわけではない。すなわち、以前は、犯罪共同説に依拠して過失犯の共同正犯を否定していたが、その後、機能的行為支配説に依拠して、過失犯には意思連絡と機能的行為分担ができないため共同正犯が適用できないとする理解が通説化している<sup>133</sup>。その一方で、判例は、1962年から肯定説を採用して以来、現在に至るまで肯定説を維持しているため、過失犯の共同正犯をめぐる通説と判例の対立は尖鋭化している。さらに、肯定説の「共同義務の共同違反」説が下級審裁判例や最高裁判例で採用されている日本とは異なり、韓国の場合、学説における肯定説と判例は、過失犯の共同正犯の成立要件等に関して、異なる観点を有していると思われる。

そこで、以下においては、今までの検討してきた日韓の過失犯の共同正犯に関する学説状況に基づき、過失犯の共同正犯の処罰根拠規定の解釈、成立要件、過失犯の共同正犯と過失競合（同時犯）との区別、過失犯の共同正犯を認める実益などにおける、日本と韓国の理論状況を整理し、比較・検討することとしたい。

## 第1節 過失犯の共同正犯の根拠規定に関する理解

過失犯の共同正犯の成否を論じる前提として、実定法上の処罰規定が存在しているのかを検討する必要がある。そこで以下では、日韓両国の過失犯と共同正犯の処罰規定を比較することとする。

---

<sup>133</sup> 犯罪共同説から過失犯の共同正犯を否定する見解としては、신동운・前掲注(21) 601頁。一方、機能的行為支配説の立場から過失犯の共同正犯を否定する見解としては、문정민「과실범의 공동정범」조선대 법학논총第6卷(2000) 218-219頁, 박상기・前掲注(7) 12頁などがある。

まず、日本において、過失犯は日本刑法38条1項の但書から処罰根拠を導く。すなわち、「法律に特別の規定がある場合」には、例外的に過失犯を処罰することが許される。そこで、共同正犯（刑法60条）、教唆（刑法61条）、幫助（刑法62条）の処罰規定と過失犯の例外処罰との関係が問題となる。否定説は、刑法38条1項の但書は総則規定にも適用されるとし、共同正犯を含む共犯の処罰規定には過失犯を処罰する明確な規定がないので、過失犯の共同正犯、過失による教唆犯、過失による幫助犯は成立し得ないとし、この処罰を否定する<sup>134</sup>。一方肯定説は、過失による教唆と幫助につき、「教唆・幫助の文言解釈や過失による犯罪行為の惹起・促進に刑法上処罰に値するだけの十分な違法性がないという目的的解释から、過失犯への適用が否定される<sup>135</sup>」とし、現行法規定上不可罰であるとしつつ、過失犯の共同正犯に関しては、日本刑法60条の適用が認められるという<sup>136</sup>。すなわち、刑法60条は「2人以上共同して犯罪を実行した」と規定するだけであって、その適用は故意犯に限定されるわけではなく、「犯罪」とは、故意犯と過失犯を総称するものであるから、刑法60条が故意犯のみに適用されると解すべき根拠はないとされる<sup>137</sup>。このように、過失犯の共同正犯は現行刑法上成立可能であるとしつつ、過失の教唆・幫助は認めないとするのが肯定説の多くが採る立場であると整理することができよう<sup>138</sup>。

一方、韓国で過失犯の共同正犯を否定した事案につき、大法院は、「過失においては、意思連絡の観念を論じることができないため、故意犯のような共同

---

<sup>134</sup> 浅田和茂「共犯論覚書」『中山研一先生古希祝賀論文集第3巻』（1997）282頁。

<sup>135</sup> 内海朋子「過失共同正犯論と管理監督過失論」法學政治學論究51号(2001)37頁。

<sup>136</sup> 山口・前掲注（5）159頁，内海・前掲注（135）37頁。

<sup>137</sup> 大塚・前掲注（101）7頁。

<sup>138</sup> 松原・前掲注（121）462頁。

正犯が成立し得ず、過失犯に教唆・幫助もし得ない<sup>139</sup>」としていた。この点、判文上において明示されているわけではないが、大法院は刑法30条の解釈上、過失犯の共同正犯を否定したと解する余地はある<sup>140</sup>。さらに、過失犯の共同正犯を最初に認めた判例では、「刑法第30条における『共同して罪を犯したとき』の『罪』は、故意犯か過失犯かを問わないと解釈しなければならない<sup>141</sup>」としている。そのため、刑法30条の「2人以上が共同し罪を犯したとき」の解釈において、過失犯に適用することが可能であるのかが学説において議論された。否定説からは、刑法30条の「共同」という用語の辞典的定義と故意犯における「共同」の解釈にかんがみて、過失犯を「共同」することは不可能である、と指摘された<sup>142</sup>。すなわち、「共同」の辞典的定義は、あることを一緒に行うことを意味するのであって、「一緒に共同の作品（犯罪）を成立させる」ことを意味すると理解するのが自然であり、共同の分業作業と意思連絡が存在し得ない（故意犯の共同正犯の成立要件）過失犯は、本条文に該当しないとされた<sup>143</sup>。また、「刑法30条が故意犯の共同正犯と過失犯の共同正犯の成立要件を異なる内容で規定していると考えるのは、罪刑法定主義に反する<sup>144</sup>」と指摘した。し

---

<sup>139</sup> 大法院1956年12月21日 4289刑上276判決（太信号事件）。

<sup>140</sup> 허일태・前掲注（35）186頁。

<sup>141</sup> 大法院 1962年3月29日 4294형상598判決。

<sup>142</sup> 허일태・前掲注（35）188-189頁。一方、否定説を支持しながらも、刑法30条は、過失犯の共同正犯を否定する根拠ではないとする見解としては、一方、否定説論者の中で、刑法第30条が必ずしも故意犯に限ることを意味するのではないとする見解としては、정승환・前掲注（35）98頁，박상기・前掲注（7）12頁などがある。

<sup>143</sup> したがって、共同の犯意は共同正犯の内在的限界であると説明する。허일태・前掲注（35）189頁，전지연・前掲注（30）40頁。

<sup>144</sup> 허일태・前掲注（35）189頁。



かし、刑法30条の解釈に関する多数の見解は、本規定が「故意犯」に限ることを明示していない以上、過失犯の適用を排除する必要はないと理解している<sup>145</sup>。なお、過失犯による教唆<sup>146</sup>・幫助<sup>147</sup>は、不可能であるということに関しては、判例と学説ともに異論がない。

## 第2節 過失犯の共同正犯の成立要件に関する日韓比較検討

### 第1款 主観的要件である「意思連絡」について

故意犯において、共同正犯が成立するためには、「共同実行の事実」と「共同実行の意思」という2つの要素が要求される。そこで、ドイツと韓国の通説である否定説は、共同正犯における共同行為決定は法益侵害に向けられた決定でなければならないとして<sup>148</sup>、結果惹起の認識のない過失犯においては、共同実行の意思連絡は、そもそも不可能であるとし、過失犯の共同正犯は成立し得ないとする。また、過失犯は構成要件的结果が生じてはじめて検討されるため、過失実行行為についての意思連絡を事前に計画するという観念が成り立たない

---

<sup>145</sup> 안성조・前掲注(42) 598頁, 이승호・前掲注(71) 170頁。

<sup>146</sup> 刑法第31条【教唆犯】「①他人を教唆して罪を犯させた者は、罪を実行した者と同様の刑に処罰する。

②教唆を受けた者が犯罪の実行を承諾し、実行の着手に至らなかった時には、教唆者と被教唆者を陰謀又は予備に準じて処罰する。③教唆を受けた者が、犯罪の実行を承諾しない時にも、教唆者に対しては前項と同様である。」

<sup>147</sup> 刑法32条【従犯】「①他人の犯罪を幫助した者は、従犯として処罰する。

②従犯の刑は、正犯の刑法より減輕する。」

<sup>148</sup> 内海朋子「過失共同正犯再考」『慶應の法律学 刑事法』(2008) 3頁。

と指摘する<sup>149</sup>。たしかに、意思連絡の対象を「特定の構成要件的结果」だけに限ると、過失犯に意思連絡という概念は成立し得ない。肯定説は、この点を認めながらも、故意犯と過失犯が区別されるように、過失犯の共同正犯も故意犯の共同正犯とは異なるメルクマールを用いる必要があるとした<sup>150</sup>。しかし、過失犯の共同正犯における「意思連絡」をどのように捉えるのか、そしてその具体的内容は如何なるものなのかに関しては見解が一致しておらず、肯定説からは、日本・韓国ともに、意思連絡という概念を不要とする見解（意思連絡不要説）と、必要とする見解（意思連絡必要説）とが主張されている。

一方、実務に目をむけると、韓国の判例は、過失犯の共同正犯において、ほとんど例外なく「意思連絡」が要求されている。他方、日本では、行為者間の「意思連絡」から過失犯の共同正犯を認めた事案があるものの、近時では、必ずしも行為者間の意思連絡を求めたとはいえない事案もある。このように、日本においては、意思連絡は、判例および学説における肯定説において常に要求されているとはいえない状況である。

そこで、以下においては、過失犯の共同正犯における「意思連絡」が肯定説においてどのように理解されているのかについて、日韓両国の議論状況を検討する。(1) 過失犯の共同正犯が成立するためには、意思連絡が必要であろうか、(2) もし、意思連絡が必要であれば、何に関する意思連絡が必要であろうか。ここではその解答の手がかりを探ることとしたい。

---

<sup>149</sup> 内海・前掲注（135）頁，韓国において同様の指摘としては，배종대・前掲注（30）16頁。

<sup>150</sup> 이용식・前掲注（39）87頁，허일태・前掲注（35）192頁。

## 第1項 過失犯の共同正犯における「意思連絡」に関する日本の議論状況

「意思連絡」が、故意犯の共同正犯における「一部実行全部責任」を根拠付けることに関しては、ほとんど異論がない。しかし、これが過失犯においても同様に適用されるのかについては、明確ではない<sup>151</sup>。過失犯の共同正犯の成立における「意思連絡」につき、過失犯の共同正犯を肯定する説の中でも、「必要説」と「不要説」に分かれており、特に不作為の領域において「意思の疎通」の要請が相対的に後退する傾向がある<sup>152</sup>。

ここで、意思連絡必要説における意思連絡の内容を検討すると、意思連絡必要説に立つ内海は、犯罪共同説に依拠しながら、意思連絡を次のように解している。まず、「各人が共同行為から結果が生じないように注意を払うべきことを法が要求しているのに、結果回避措置を講じないまま行為を遂行することについて合意し、この合意に基づいて行為している」ならば共同実行意思があるとする。また、過失犯の共同正犯における意思連絡として、「具体的状況下で他者と総合的に行為を利用・補充しながら行為している、すなわち、共同で因果統制にあたっているという事実の認識が必要」である、とする。したがって、過失犯の共同正犯が認められるためには、「相手の行為が注意義務違反行為であることの認識の必要はないが、自己の行為同様、相手側の行為に対しても適宜注意を与えるなどして行為統制していかなければならない立場であることの認識は必要」であると、説く。

---

<sup>151</sup> 内海朋子「過失共同正犯肯定説における帰責問題について」慶應法学政治学論究48号（2001）72頁。

<sup>152</sup> 金子博「過失共同正犯論の現在——最高裁平成28年7月12日第三小法廷決定契機として——」（2017）23頁。金子博「過失犯の共同正犯について」博立命館法学326号（2009）861頁。

このほか、意思連絡の内容につき「『不注意を共同しよう』とする意思連絡は不可能であるとしても、『意思連絡に基づく共同行為』が『全体として不注意であった』という評価をうけることが十分可能である」<sup>153</sup>とする見解もみられる。

## 第2項 過失犯の共同正犯における「意思連絡」に関する韓国の議論状況

過失犯において「『特定の構成要件的结果』に関する意思連絡は存在し得ない」ということについては、肯定説と否定説とも意見が一致している。すなわち、共同して、意識的かつ意図的に不注意な行為を行い、意図のない構成要件的结果を発生させることを事前に決議することは、概念論理的に不可能である<sup>154</sup>。そこで肯定説は、そもそも「過失犯の共同正犯の成立において意思連絡は不要<sup>155</sup>」とする見解と、意思連絡は過失犯の共同正犯の主観的成立要素であるとする見解に分かれている<sup>156</sup>。

意思連絡不要説からは、「過失犯の単独正犯が自分の不注意を認識している必要がないのと同様に過失犯の共同正犯も互いの不注意に関して認識する必要がない」、「意思の連絡は過失犯の共同正犯の成立に必要な<sup>メルクマール</sup>標識であり、過失犯の共同正犯に必要な要素ではない」と主張され、過失犯の共同正犯は「過失の共同」と「行為の共同」さえあれば成立する、とされる<sup>157</sup>。しかし、すでに検討した通り、大法院は、過失犯の共同正犯につき、「過失行為を互いの意

<sup>153</sup> 内田文昭「最近の過失共同正犯論について」研修542号（1993）24頁。

<sup>154</sup> 김유근・前掲注（31）159頁。

<sup>155</sup> 심재우・前掲注（33）116頁，유지영・前掲注（4）253頁。

<sup>156</sup> 이용식・前掲注（39）105-107頁，안성조・前掲注（42）602-606頁。

<sup>157</sup> 심재우・前掲注（33）116頁以下。

思連絡の下で行う」こと，ないし「共同の目標と意思連絡」を一貫して要求している。このような判例の立場に対して，判例のいう意思連絡とは，犯罪実現の意思連絡ではなく，単なる行為共同の意思連絡であるとし<sup>158</sup>，過失犯の共同正犯における「意思連絡」は，故意犯のそれと異なっている，と解する見解がある。本見解によると，過失犯の共同正犯における意思連絡は，①同時犯と共同正犯を区別づける要素，そして，②各行為者の行為を全体の過失結果に帰属させる要素として機能する，とされる<sup>159</sup>。すなわち，故意犯の共同正犯において「犯行決議の共同」が，各行為者の行為と発生した全体結果とを結びつける主観的要素であるとするれば，過失犯の共同正犯の場合「他人と共同の注意義務を有して一緒に行為することに対する認識」がそのような主観的要素になる，とするのである<sup>160</sup>。例えば，建物の建築のように，他の人との共同作業を前提とする行為に関与するということは，「認識・意欲的要素」と考えうる<sup>161</sup>。ただし，注意しなければならないのは，「共同して行為することに関する認識」は，「共同して危険を発生させることに関する認識」を意味するのではないという点である<sup>162</sup>。以上のように，過失犯の共同正犯における意思連絡は「他の行為者と共同して行為することに関する認識<sup>163</sup>」ないし，「注意義務の相互連

---

<sup>158</sup> 이용식·前掲注(39) 106頁, 한정환·前掲注(1) 164-165頁。

<sup>159</sup> 안성조·前掲注(42) 603-604頁, 이용식·前掲注(39) 105頁。

<sup>160</sup> 이용식·前掲注(39) 106頁, 안성조·前掲注(42) 604頁。

<sup>161</sup> ここでいう，「認識・意欲」とは，故意犯の共同正犯とはことなり，相互連帶的注意義務の存在であると説く。안성조·前掲注(42) 604頁。

<sup>162</sup> これは，行為者が，自己の行為が有する特別な危険性を認識し得ず，結果を発生させる「認識なき過失」もあるからであるとする。이용식·前掲注(39) 105頁。

<sup>163</sup> 이용식·前掲注(39) 106頁。

帯性に対する認識<sup>164</sup>」で足りるとし，このような認識が，関与者らを主観的に結合させる要素であるとする分析があり，判例における意思連絡の内容を探る手掛かりとなる。

## 第2款 客観的要件について

### 第1項 日本における「共同義務の共同違反」の議論状況

日本では，「共同義務の共同違反」概念を用いて過失犯の共同正犯を肯定する理解が定着しつつある。しかし，過失犯の共同正犯を基礎づける「共同義務の共同違反」の具体的な内容は必ずしも明確ではない。したがって，過失犯の共同正犯の成立範囲を明確にする作業の成敗を握るのは，「共同注意の共同違反」の内容の解明であるといえよう<sup>165</sup>。

共同義務の共同違反の具体的な内容については様々な議論があるが，注目されるのは意思連絡要件との関係である。まず，共同注意の共同違反は，意思連絡を前提として決められるとする考え方がある。「意識的共働を前提とする共同義務の共同違反<sup>166</sup>」が必要であるとする見解や，共同実行の意思は，相互に利用・補充し合って不注意な行動を遂行しようとする意思であるが，その共同注意義務違反を認めるためには，共犯者が同等の法的地位にいることが前提とされるとする<sup>167</sup>見解などがここに含まれる。

---

<sup>164</sup> 안성조・前掲注(42) 606頁。

<sup>165</sup> 松原・前掲注(121) 463頁。

<sup>166</sup> 金子・前掲注(152) 17頁。

<sup>167</sup> 高橋・前掲注(114) 372頁。

一方、各自が自己の注意を払う共に相手の注意を喚起する義務（その意味での共同注意）共同の注意は、意思疎通の有無に左右されるものではなく、行為者の意識や意欲にかかわらず存在するものである<sup>168</sup>とする見解がある。例えば、共同責任の根拠は、結果回避に関する客観的「共同義務の共同の違反」であるとし、「犯罪の共同実行の意思」は、共同義務の共同違反が認められる場合に、故意犯の共同正犯を認めるための要件にすぎない、とする見解がある<sup>169</sup>。この見解を支持する松宮は、「共同の注意義務」は、①複数の人が共同して危険な作業を行う場合、その作業に出ること自体が義務の場合、②その作業を行う際に互いの行為の安全を確認し合う義務、③安全を確認して結果を防止する義務が同じ作業を行う関与者の間に重疊的に課せられている場合、④協力し合って結果を防止すべき義務が複数の人に課せられているときなどであるとする。そして、「共同の違反」は、共同の注意義務を負う者が、それぞれの義務に違反した場合を意味するという<sup>170</sup>。

## 第2項 韓国における「同質同量の注意義務」をめぐる議論

韓国の肯定説は、故意犯の共同正犯が「故意」を共同する必要があるように、過失犯の共同正犯は「過失（注意義務）」を共同する必要がある、とする。したがって、過失犯の共同正犯が成立するためには、行為者の間に共同の注意義務が認められなければならない。しかし、このような「過失の共同」の基礎となる、行為者間の注意義務に関しては、見解が分かれている。まず、심재우

---

<sup>168</sup> 松宮・前掲注（101）165頁。

<sup>169</sup> 松宮孝明『刑法総論講義〔第5版〕』（2017）271頁。

<sup>170</sup> 松宮・前掲注（101）178-179頁。

(沈在宇)は、「法律は、すべての人に正常の注意を懈怠しないことを要求しており、また危険性のある特殊の業務に従事する者には、その業務に相応する注意義務を負うことを要求する。したがって、一般過失と業務上過失は、その注意義務の主体、内容、限界などにおいて同様ではない」とし、注意義務には質的・量的差異があることを前提した上で、過失の共同は、その注意義務の内容において同質同量のものでなければならないと説く（いわゆる、同質同量の注意義務）<sup>171</sup>。例えば、医療従事者とそうでない者の間の注意義務は同質同量ではないという。また、医療従事者の間においても、執刀医、麻酔医、看護師、放射線士、看護師の間の注意義務は「同質同量」ではないとされる。これは、チーム医療において、行為者間の垂直関係（医師と看護師など）だけではなく、水平関係（各専門医の間）においても、注意義務の「同質同量」を認めることができない場合があることを意味し、結局のところ、同じ業務を担当する看護師の間、同様の専門医の間などに限って「同質同量の注意義務」が認められるものと考えられる。さらに、このような「同質同量の注意義務」には、相互連帯的依存関係がなければならないと説く<sup>172</sup>。相互連帯的依存関係とは、例えば、収監者を監視するのに1人では足りないので安全のため2人にして監視の業務を任せた場合を指す<sup>173</sup>。この理解によると、上記の同じ業務を担当する看護師の

---

<sup>171</sup> また、判例が過失犯の共同正犯を肯定した事案と否定した事案において、代表取締役の会社法上の注意義務と工場長の食品衛生法上の注意義務（肯定例の「給食用のパンの腐敗による食中毒事故」参照）、船長の商法上の注意義務違反と刑法上の注意義務違反（否定例の「太信号火災事故」参照）とは、同質同量の注意義務ではないとし、根拠法令が異なる場合においても「同質同量の注意義務」を否定しているように思われる。심재우・前掲注（33）117頁。

<sup>172</sup> 심재우・前掲注（33）118頁，안성조・前掲注（42）600頁。

<sup>173</sup> 심재우・前掲注（33）118頁。



間、同様の専門医の間であっても（同質同量の注意義務があっても），行為者間の担当業務が2人以上を必要としない場合，「相互連帶的依存関係」が満たされないので，「過失の共同」が否定される。しかし，過失の共同をこのように厳格して解釈すると，過失犯の共同正犯の成立範囲が非常に縮小することが指摘されている<sup>174</sup>。そこで，이재상（李在祥）は，「共同の注意義務は，各自に要求される注意義務の内容が同一であり，各自に同一の方法で同一の範囲で適用される<sup>175</sup>」とし，「共同の注意義務を共同して違反し」たのであれば，相互連帶的依存関係は不要とする。

一方，이용식（李用植）は，심재우（沈在宇）の見解のように，「過失の共同」を「同質同量」<sup>176</sup>と「相互連帶性」という概念を用いて説明しつつ，その成立範囲においては，大きく異なる見解を展開するものもある。この説によると，行為者の間の注意義務は「同質」のものでなければならず，各関与者らが違反した注意義務の態様と程度が同様である場合に限り注意義務違反の共同が認められる<sup>177</sup>。そして，このような共同の注意義務は，「結果実現に至る行為過程が不可分離であり，相互補充的かつ相互連帶的な場合」に認められると説く<sup>178</sup>。さらに，ロクシン説を援用して，A，B，Cが「同一の対象に関する同一の目的の注意義務を有する場合（例えば，分業的医療行為）」，A，

---

<sup>174</sup> 배종대・前掲注（30）13頁。

<sup>175</sup> 이재상・前掲注（3）228頁。

<sup>176</sup> 이용식（李用植）の場合，行為者の間の注意義務は「同質」のものでなければならずとし，「同量」という用語を直接使っていないが，「各関与者らが違反した注意義務の態様と程度が同様な場合に限り」（下線は筆者）という表現から，同量性を認めていると思われる。

<sup>177</sup> 이용식・前掲注（39）103頁。

<sup>178</sup> 이용식・前掲注（39）104頁。

B, Cの義務は、共同の注意義務といえるとする。したがって、同一の対象（例えば、建物）に関する、同一の目的（例えば、建物の安全な建築）を有する建築作業の場合、設計・施工・監理・管理の段階の各行為者らの間には、「共同の注意義務」があるとする<sup>179</sup>。また、ロクシン説を援用して、「共同の注意義務に関して、同一の内容である場合だけではなく、同一の対象に関して同一の法益保護を目的とする場合には、注意義務の具体的内容が異なる場合でも共同の注意義務が成立し得る<sup>180</sup>」とする。例えば、Xが手術をして、YはXの手術が正しく行われたのかどうかを確認する場合、XとYとの注意義務の具体的内容は異なるとしても「共同の注意義務」が認められるというのである<sup>181</sup>。なお、この説によると、判例が過失犯の共同正犯を認めた、運転者と同席者の間には、相互機能的関係が認められず、共同の注意義務が否定される。

以上のように、肯定説は、注意義務の間の「相互連帯性」について見解が分かれているが、各行為者の注意義務の態様や程度が同様なものであることを要求している。もっとも、注意義務の「同質性」と「同量性」の解釈をめぐっては、未だに見解が一致しておらず、その内容いかんによって、その成立範囲がきわめて制限されることとなり、この点において、その実践的意味が疑われることは、すでに検討したとおりである。「同質同量の注意義務」における重大な問題は、注意義務の質的・量的差異が如何なるものか、ひいては、そもそも注意義務の質と量を測る基準は如何なるものかに関する解答が、未だに明確と

---

<sup>179</sup> すなわち、判例が過失犯の共同正犯を認めた、「三豊百貨店崩壊事故」や「聖水大橋崩壊事故」などの場合、行為者間には「過失の共同」が認められるとする。

<sup>180</sup> 이용식・前掲注(39) 104頁。

<sup>181</sup> 이용식・前掲注(39) 104頁。

はいえないことである。注意義務の質的要素と量的要素がそれぞれ独立したものであるとすれば、質的あるいは量的要素のうちどちらかが異なるだけでも質同量の注意義務が否定されるのか、それとも注意義務の両要素（質的・量的）が異ならなければならないのかに関しても、未だ明らかではない。

### 第3款 小括——過失犯の共同正犯論に関する若干の検討

日本において過失犯の共同正犯の成立に意思連絡要件を要求しない見解は、「過失犯の共同正犯を認める場合、意思連絡が常に必要とされるわけではなく、因果の共同があれば共同正犯が成立しうる」とする。そして、過失犯の共同正犯の客観的成立要件としては、共同注意の共同違反が要求されることが多い。一方、意思連絡を必要とする見解は、共同注意の共同違反を認める前提として、各関係者が意思連絡に基づいて行動することが必要であると考えていると思われる。

過失犯の共同正犯を認めるうえで、各関係者にどのような注意義務が課されれば過失犯の共同正犯を認めることができるかについては、韓国においては、各関係者に同質・同量の注意義務がある場合に、過失犯の共同正犯を認めることができるとする見解が注目される。

この説によれば、過失犯の共同正犯が認められるか否かは、当該注意義務の内容、対象の同一性、方法の同一性等によって決められる。例えば、石を2人で転がすことは、意思連絡があるからではなく、各行為者の注意義務がその対象、方法、内容において同一であるからであり、その場合であれば、各行為者には「同質（同量）の注意義務」が認められる。もっとも、注意義務の「同質

同量」という概念に関しては見解が一致せず、その成立範囲は論者により大きく異なる。さらに、同質同量の注意義務という要件に加えて、「相互連帯性」を要件として求める見解もみられるところである。この説においては、同質・同量の注意義務の存在は、意思連絡要件とは別個に議論されており、その点、日本の肯定説のうち、意思連絡を要件として要求しない学説に近いと思われる。

### 第3節 過失犯の共同正犯を認める実益に関する理解

#### 第1款 過失犯の共同正犯を認める実益に関する韓国の議論状況

過失犯の共同正犯を否定すれば、多数の行為者の過失により構成要件結果が発生した場合における各行為者の刑事責任は、過失同時犯として検討しなければならない。同時犯は、韓国刑法19条において、「同時又は異時の独立行為が競合した場合に、その結果発生の原因となった行為が判明されていないときには、各行為を未遂として処罰する」と規定している。したがって、各行為者の過失行為と過失結果発生間の原因行為を具体的に証明することができない場合、各行為者を未遂犯としなければならない。しかし、過失犯には未遂を処罰する規定がないので、各行為者に対して刑事責任を問うことができない。そのため、過失同時犯だけでは、以下のような事案において、処罰の死角地帯が生ずる恐れがあると指摘する。肯定説は、①数人の過失行為により結果が発生したが、それが誰の行為によるものであるのか明確ではない場合【第1類型】と、②個々の過失行為には結果回避可能性が認められないとしても多数人の共同行

為により結果が発生した場合【第2類型】において過失犯の共同正犯を認める実益があると主張する<sup>182</sup>。

まず【第1類型】は、例えば、AとBが坂道の上から石を転がすこととし、それぞれの石を転がしたところ、坂道の下を通りかかった人がこれに当たり死亡したがその石がAとBのどちらかが転がしたものが明らかではないなどの場合である<sup>183</sup>。この事案でAとBに同時犯を適用する場合、AとBの行為と過失結果の間に因果関係が明確ではないので、両者を無罪にしなければならない。

また、【第2類型】の典型的例としては、ドイツにおける皮革スプレー事案<sup>184</sup>が挙げられる。本件は、皮革スプレーを製造・販売する会社の取締役会において、健康被害の報告を受けたにもかかわらず、市場に出回っている商品を回収しなかったため、これを使用した者の健康被害が続いた事案である。この事案において注目すべきことは、そもそも皮革スプレーの回収は、他の取締役の協力なしには行われえないという点である。言い換えれば、取締役会に参加した1人の不作為だけで直ちに構成要件結果が発生するのではなく、その他の行為者の不作為が合わさってはじめて結果が発生するという特徴がある<sup>185</sup>。この事案については個別行為者の過失行為と結果発生との因果関係を個別的に認める

---

<sup>182</sup> 이재상・前掲注(3) 274-275頁, 김유근・前掲注(31) 174頁。

<sup>183</sup> この事例はスイス連邦法院で問題となった事案(Schweiz. BGE 113 (1987) IV, 58)の内容である。

<sup>184</sup> 本判決に関する詳細は, Walter Perron, 조병선(訳) 「1990년7월6일 독일연방최고법원의 형법적 제조물책임에 대한 피혁보호분무기 판결」 청구법학第8卷(1994) 217頁以下を参照。

<sup>185</sup> 이용식・前掲注(39) 93頁。

ことは困難である<sup>186</sup>。なぜならば、「重疊的因果関係においては、作為犯の場合、構成要件を実現するために関与者全員の寄与が不可欠であるのに対し、不作為犯の場合には、1人でも義務を果たせば構成要件上の結果は回避されうるからである。したがって、各取締役の行為と当該結果との間に不作為の因果関係を認めることができず、過失同時犯の成立は困難となるのである<sup>187</sup>」からである。このような場合に過失犯の共同正犯を認めれば、すべての者に対して結果の帰責が可能であり、この点に過失犯の共同正犯を認める実益がある、と主張する<sup>188</sup>。

そこで、以下では、実際にはどのような事案において、大法院が行為者の間に過失犯の共同正犯を認めるのかをまとめることとしたい（事案の詳細は第3編を参照されたい）。これにより、過失犯の共同正犯を認める実益に関する理論と実務の考え方の相違を明らかにすることができよう。まず、大法院が最初に過失犯の共同正犯を認めた「貨物トラック過失致死事案<sup>189</sup>」以来、数々の判例の中で運転者と同乗者の間の過失犯の共同正犯が検討された<sup>190</sup>が、過失犯の共同正犯が認められた事案は、「貨物トラック過失致死事案」と「運転兵の飲酒運転事故」そして「列車衝突事故」の3件である。これらの事案の共通点と

---

<sup>186</sup> 이재상・前掲注(3) 275頁。

<sup>187</sup>金子・前掲注(152) 14頁。

<sup>188</sup> 김재희・前掲注(85) 287頁, 이재상・前掲注(3) 275頁。

<sup>189</sup> 大法院 1962年3月29日 4294형상598判決。

<sup>190</sup> その中で、過失犯の共同正犯が認められた事案は、大法院 1979年8月21日 79도1249判決（運転兵と先任搭乗者の間）、大法院 1984年3月13日 82도3136判決（列車の機関士と副機関士の間）である。一方、過失犯の共同正犯が否定された事案は、大法院 1974年7月23日 74도778判決（運転者と同乗者）、大法院 1984年3月13日 82도3136判決（運転者と同乗者）、大法院 1986年5月27日 85도2483判決（運転兵と先任搭乗者）。

いえるのは、「過失結果の直接原因となった過失行為が、行為者間の意思相通により生み出されたものである」という点である。「貨物トラック過失致死事案」を例に検討すると、まず、本事案は肯定説から過失犯の共同正犯を認める実益のある場合とされた【第1類型】と【第2類型】とは異なる様にも見受けられる。本件過失結果の原因行為たる、車を疾走させる行為は、行為の性質などから、そもそも、運転士Aのみでできることであり、数人の過失行為（例えば、複数人で石を投げたり、転がしたりするなど）はそもそも存在せず、その点【第1類型】とは異なる。また、本件は「個々の過失行為には結果回避可能性が認められないとしても多数人の共同行為により結果が発生した場合」ではないから、【第2類型】にも該当しない。しかしながら、本事件の場合、運転者Aは、同乗した荷主Aの「このまま行こう」という発言がなかったら、およそトラックを急発進させなかったのであり、同乗者の発言がなかったならば、本件事故の原因たる急発進はなかったであろうということから、本件の原因行為たる急発進行為が、運転士Aと荷主Bの意思疎通に「より」生み出されたものであると述べる。BのAに対する、間接正犯、教唆・幫助など成立を考慮することができるものの、運転士Aを荷主Bの被利用者と理解することは困難であり、また、過失による教唆・幫助行為は処罰されていない。そこで判例は「2人以上の者がある過失行為を互いの意思連絡の下で行い犯罪の結果を発生させた場合」において、行為者間の意思連絡により創出された行為が過失結果の直接かつ具体的な原因である場合に限り<sup>191</sup>、過失犯の共同正犯を認め、行為者間の

---

<sup>191</sup> そのため、行為者間の相互意思連絡の対象は、創出することができる客観的なもの、例えば、飲酒行為、移動の合意などに限る。一方、行為者間の相互意思連絡により創出することができない行為、例えば、注意能力、運動能力のような身体能力や自然現象などは、意思連絡に

刑事処罰の衡平性を図ったと考えられる。

次に、判例が過失犯の共同正犯を認める最も重要な事例群として、建物の崩壊事故、コンサートの圧死事故などの大規模過失事故が挙げられる。建物の崩壊事故などにおいては、個々の過失行為には結果回避可能性が認められないとしても多数人の共同行為により結果が発生した場合、各段階の行為者には、過失行為が認められ、それらの過失が「合わさって」過失結果が発生したという特徴が見受けられる。判例が過失犯の共同正犯を認めた、建物の崩壊やコンサートの圧死事故を例に考えると、①複数の段階の多数の関与者が、時間的・物理的に離れており、②各段階の過失は認められるが、個々の過失だけでは、結果発生に関する直接原因であるといえないので、過失同時犯説を適用する場合、過失の未遂として、全員を無罪にしなければならない。このような結論に関しては、否定説からも「過失犯の共同正犯は、実践的な部分において多くの利点があることは事実である。特に、因果関係が明らかでない場合、または、危険な分業的共同作業に参加したが、構成要件結果は他人の注意義務違反から発生した場合など、『危険』が集団的に蓄積され、伝統的な刑法が固守する個別責任の原則が機能しえない場合において、効率的な帰属が可能となり、他方、過失犯の共同正犯を認めない場合に生じる可罰性の空隙も解消しうる<sup>192</sup>」、  
「共同の行為により生じた結果発生が同様の注意義務により発生したら、共同正犯ではなく、同時犯として処罰しなければならず、刑法19条により、原因行為が不明確な場合には、各自を未遂として処罰しなければならない。そのような場合に、過失の未遂は構造的に不可罰であるため、処罰の空隙が生じる恐れがあ

---

よる行為の対象にならない。

<sup>192</sup> 召育근・前掲注(31) 174頁。



る<sup>193</sup>」と指摘されており、問題意識が共有されている。

以上における判例の検討に基づき、過失犯の共同正犯を認める実益のある事案を私見により整理してみると以下の通りである。第1は、過失行為者の意思疎通下で行われた行為により過失結果が発生したが、その過失行為を行ったのは1人のみであった場合（主に、運転事故などに関する事案）、第2は、ある目的の達成するために必ず分業的共同作業が前提とされる場合において、複数の行為者の過失行為が結果に関係するものの、それが決定的原因とは言えない場合（主に、建物の崩壊事故などの事案）である。これらの事案において過失犯の共同正犯を認めない場合、共同行為者間の1人しか処罰されないか、又は、行為者全員を不可罰とせざるを得ないことになる。過失犯の共同正犯を認める実益は、このような結論を避けられることであるといえよう。

なお、近年の「加湿器殺菌剤事件」で表面化したのは、過失犯の共同正犯を認めない場合、被害者の被害結果が死亡か傷害かによって処罰の不均衡が生じるという点である。このような不都合を解決する必要性は認められるが、加湿器殺菌剤の判例は、いままでの過失犯の共同正犯の事案より非常に広い形で意思連絡を認めていると考えられるので、より慎重な検討が行われなければならないと思う。

---

<sup>193</sup> 허일태・前掲注(35) 110頁。

## 第2款 過失犯の共同正犯を認める実益に関する日本の議論状況

日本においては、過失同時犯説からは、多数の行為者の過失により構成要件結果が発生した場合、単独犯で十分処罰が可能であるから、あえて過失犯の共同正犯を認める実益がないと指摘されている。これに対して、過失犯の共同正犯を肯定する実質的意味は、①関与者の個別過失行為と結果との間の因果関係が証明できない場合、②個々の過失行為には結果回避可能性が認められないとしても共同正犯の成立要件をみたす行為には正犯としての処罰が可能になる点にあるとの指摘がある。さらに、③過失単独正犯の構成要件を充足する行為であっても、共同して結果を惹起したと評価できる場合であれば、過失犯の共同正犯とするのが、事件の実態を反映するのであり、行為者の量刑判断にも影響するとの指摘がある<sup>194</sup>。

## 第3款 小 括

これまで肯定説において挙げられてきた多くのケースは、講学上のものであるため、実際に過失犯の共同正犯が議論される事案との間に差異が生じている。たしかに、過失犯の共同正犯における「共同の注意」や「共同の実行」などの概念を説明するためには、「10人で持ち上げなければ上がらない鉄筋を10人で持ちあげて建物の下に落とす場合」などのケースを想定するのが有意義である。しかし、特に韓国の判例において過失犯の共同正犯が検討される事案は、建物

---

<sup>194</sup> 大塚（裕）・前掲注（101）15頁。

の建設関連現場，大規模のコンサート現場など，多くの行為者がそれぞれ異なる領域で，それぞれの注意義務を違反している場面などである。これらの事案は，縦的・横的關係にある多数の関与者が，程度こそ相違があるものの，落ち度ある形で関与しているが，法益侵害結果は，1つの原因だけによって生ずることが殆どなく，各行為者の過失行為と結果発生との直接的因果關係の立証は困難であるので，関与者全員を無罪にせざるを得ない，といった事案であった。そこで，学説においては，判例が過失犯の共同正犯を認めた他の事案については反対しながらも，建物の崩壊事故などに関しては判例の見解を支持する傾向がある。過失犯の共同正犯がもつぱら「処罰の死角地帯」を防ぐために用いられるのであれば，過失犯の共同正犯論が刑事政策上の必要性により使われているという否定説の批判<sup>195</sup>を避けることはできないが，過失犯の共同正犯が，理論的根拠に基づき，一定の基準により適用されているのであれば，否定説の「処罰の拡張」，「立証責任の緩和」という批判は必ずしも妥当ではない。なぜなら，「処罰の拡張」や「立証責任の緩和」は，共同正犯自体が有する性質であり，過失犯の共同正犯特有の問題ではないからである。そのため，過失犯の共同正犯の成立要件を明確化していくことが最も重要であるといえよう。

---

<sup>195</sup> 배종대・前掲注(30) 16頁以下。

## 第6章 まとめ

以上、過失犯の共同正犯をめぐる日本と韓国の理論状況を整理した上で、比較法的観点による検討を行った。まず、過失犯の共同正犯の成立に関する議論を整理してみると以下のとおりである。韓国の場合、過失犯の共同正犯の概念自体を否定過する見解が多数説を占めているが、日本の場合、否定説・肯定説のどちらかが圧倒的通説であるとはいえない。また、処罰範囲という観点からは、日本の場合、過失犯の共同共同正犯を管理監督過失に分解できるとする主張もあり、肯定説と否定説における処罰範囲の差は非常に小さい<sup>196</sup>。これに対し、韓国では建物の崩壊事故やコンサートでの圧死事故にまで、過失犯の共同正犯を適用しており、判例と否定説の処罰範囲が大きく異なることとなる。そして韓国の学説上の肯定説は、その成立範囲があまりにも限定的であるため、結論においては、否定説とほぼ結論の差異がみられない。

以上、本編では、韓国における過失犯の共同正犯論につき、日本の理論状況との比較・検討を通じて、過失犯の共同正犯の成立要件に関する手がかりを探った。そして、従来過失犯の共同正犯が論じられてきたケースとはまったく異なる、現代頻発している大規模事故の場面においてこそ、過失犯の共同正犯を認める真の実益が認められることを明らかにした。

---

<sup>196</sup> 内海・前掲注（118）365頁。

## おわりに

以上、本論文では、過失犯の共同正犯について、比較法的観点から、過失犯の共同正犯に関する日韓両国の実務と理論の傾向を検討した。以下においては、各編における検討をまとめながら、若干の私見を加えることとともに、今後の課題について述べることにしたい。

第1編では、本比較研究の意義や必要性を明らかにするために、日本刑法と韓国刑法の関係を検討した。両国の刑法の相互関係を解明するために、日本の「改正刑法仮案」が韓国における刑法制定作業にどのような影響を与えたかを考察することとし、韓国刑法制定当時の社会的状況、制定過程において公刊された解説書、制定の理由を説明した刑法草案理由説明書及び刑法草案の審査過程を記録した国会の速記録、「仮案」の規定等を参照し、詳細な分析を加えたつもりである。また、日本刑法理論が韓国刑法理論に影響を与えた好例として、因果関係論を取り上げ、日韓における学説の比較を行った。以上の分析を通じて、韓国刑法の制定当時、韓国における判例・学説はいずれも、日本学説の影響を受けていたことを確認し、日韓両国の理論・実務において、互いに示唆を与えうる相互関係が存在するとの結論に達した。

日韓両国における理論と実務の比較が有益であるとの第1編での結論を踏まえ、第2編では、韓国における過失犯論と日本の過失犯論を比較・検討した。過失犯の共同正犯論は、過失犯論と共同正犯論の融合問題であるといえよう。そこで本編では、まず過失単独正犯論を重点的に検討した。韓国は、刑法制定時に、刑法14条を新設し、過失概念を明文で規定した。この点において、故意

に関する規定（日本刑法38条1項）の但し書に過失犯の処罰根拠を求める日本刑法とは異なっている。しかしながら、過失を構成する注意義務の内容や判断基準などは明らかでなく、その解釈はすべて判例と学説に委ねられているという点では、両国における事情は異ならない。本編では、過失犯の共同正犯論の検討の土台となる韓国の過失犯論を紹介・検討することを目的として、過失の体系的地位、注意義務判断の基準およびその内容、業務上過失と重過失、過失犯における信頼の原則といった、過失犯成立に関する重要な諸理論を概観した。

過失単独正犯をめぐる諸理論の中で、特に興味深いのは、多数の行為者の過失により、構成要件結果が発生した際における、いわゆる「管理監督者」の責任をどのように理解するかという点である。ホテルの火災事故などの場合、日本においては、これらの建物の管理権原者や防火責任者に、防火設備の不設置、避難誘導訓練の不実施などの不作為の刑事責任が追及され、それが業務上過失致死傷罪の実行行為とされる。そして監督者（上位者）の過失は、被監督者（下位者）に対する監督義務を尽くさず、これにより、被監督者に過失行為をさせたか、またはその過失行為を防止できなかったことに求められる<sup>1</sup>。これに対し、韓国においては、管理監督者の刑事責任は、被監督者（下位者）に対する監督義務を尽くさなかったという間接的な注意義務違反ではなく、管理監督者に課されているさまざまな注意義務の1つである「管理監督義務」を怠ったところから導かれる。すなわち、単なる「管理監督者」の地位にいることだけでは足りず、たとえば、ホテル火災の場合であれば、スプリンクラーを設置しないことを決定した者、あるいは、その決定に具体的にかかわった者である

---

<sup>1</sup> 井田良『講義刑法学・総論』（2010）205頁を参照。

ことを要する。そして、本編第7章においては、過失事故において実務の大部分を占める業務上過失と重過失について検討を行った。業務上過失と重過失を明文上並べて規定しているのは、諸国の立法例から見ても珍しいことである。そこで、日韓の重過失を業務上過失の規定と事例を比較分析することによって、業務上過失と重過失の概念や加重処罰の根拠などの問題の解明を試みた。

第3編と第4編は、本論文のメインテーマである過失犯の共同正犯を、実務（第3編）と理論（第4編）の双方において、それぞれ検討を行うものである。実務を理論より先に検討したのは、①業務上過失犯の共同正犯が問題とされる場面はいかなるものなのか、②そのような事案について判例はどのような論理構成を行っているのかを検討し、比較研究の対象と素材を具体的に絞るためであった。まず、過失犯の共同正犯に関する韓国の判例を概観した結果は、以下のように要約・整理することが可能である。韓国の初期の判例は、「過失においては、意思連絡の観念を論じることができないため、故意犯のような共同正犯が成立し得ず、過失犯に教唆・幫助も成立し得ない」として過失犯の共同正犯を否定する立場であったが、1962年に過失の共同正犯を認めて以来、現在に至るまで過失犯の共同正犯を肯定する立場に立つ。第3編では、判例の傾向を（1）1970年代から1990年代、（2）1990年代以降に分けて検討した上で、さらに、（3）最近発生した2つの大規模過失事故についての判例の判断方法とその内容を整理した。韓国の判例において過失犯の共同正犯が検討された事案は、大きく分けると2つに分けて整理することができると考える。第1は、（1）の時期に多く見られたものであり、関与者が少数で、互いに近くにおいて直ちに互いの意思が確認できる状況にある場合（自動車運転における運転者と同乗者など）である。そして第2は、（2）の時期に見られた、多数の関与者の関与

が前提とされる行為（イベントの開催や大規模建造物の建築等において問題となる）において過失結果が発生した場合である。さらに、2017年には、大きな社会問題となった「加湿器殺菌剤事故」について、過失犯の共同正犯を相当に緩やかな判断基準で認める判決が見られるようになった。これに対し、過失犯の共同正犯に関する日本の判例においては、主に、関与者が少数で、互いに近くにおいて直ちに互いの意思が確認できる状況にある場合を中心に過失犯の共同正犯が認められてきたといえよう。もともと、成立要件として「意思連絡」が必要かどうかについては、明示的に意思連絡を必要であるとする裁判例がある一方で、そうではない裁判例も見られ、これを一貫して認める韓国判例との間に相違がある。

このように、韓国の判例においては意思連絡が必要不可欠な要素とされるのであるが、意思連絡の対象とその程度は事案によって異なっている。この点については、判例事案を大きく2つに分類できると考えた。まず、各行為者の間に共通遂行の目標などが存在しない場合がある（類型①）。この類型において過失犯の共同正犯が認められるためには、行為者間の意思連絡により「創出」された行為が過失結果の原因となることが要求される。この場合、行為者は、互いの意思を直接、直ちに、明確に確認することができる必要がある。そのため、類型①では、行為者が少数で、各行為者間の時間的・物理的距離が近接していることが前提となる。また、行為者の意思連絡で「創出」された行為は、過失結果の直接かつ具体的原因でなければならない。なお、意思連絡で「創出」可能な行為でなければならないため、自然現象、運動能力などは創出可能な対象から除外されることになる。

次に、各行為者に「共通遂行の目標」が存在する場合がある（類型②）。共



通遂行の目標とは、建築や大規模のイベントの進行など、ある行為の目標を達成するために分業関係に立つ者の協力が必ず要求される場合のことをいう。類型②の場合、そもそも行為者が関与している行為自体に共同性が求められることに注目する必要がある。たとえば、建築行為などは、各段階の行為者が存在しており、各行為者の協力のもとで達成できるものである。このような場合、各行為者は一見、それぞれ異なる注意義務を有しているようにも見られるが、それは全体として1つの目標に向かうものであるといえよう。その意味で、各段階の行為者の注意義務は、具体的な内容は異なるとしても、共同の注意義務であると理解されることになる。

このような判例の立場に対して、学説における否定説は、犯罪的意味と関係のない客観的共同目標の中に無理に意思連絡を認めていると批判する<sup>2</sup>。しかしながら、私見によれば、判例のいう意思連絡の内容は「他の行為者が存在し、その目標達成において自らが担当する部分も必要とされる建築などの行為に参加する」という認識であり、このような関与の認識・認容があるだけで意思連絡の内容として十分である。ただし、類型②は、類型①と比べ、意思連絡の範囲が広く、関与者の数、各関与者間の距離感などから、ある行為に対して同意したというだけの理由で直ちに過失犯の共同正犯の成立を認めることができない。そこで判例は、類型②の場合、各行為者の過失が「合わさって」発生することが一般的であることに注目する。すなわち、その過失結果に寄与した各過失（設計段階の過失や施工段階の過失等）に関して「具体的かつ直接的な過失行為」がある場合、過失犯の共同正犯を認めうると判断しているのである。

---

<sup>2</sup> 김유근 「과실범의 공동정범의 구조적 문제점」 한양대법학논총第26輯第3号 (2009) 161-168頁。

続いて第4編では、日韓両国における、過失犯の共同正犯肯定説と否定説の議論状況を比較法的視点から整理・検討した。韓国の場合、刑法制定から現在に至るまで、——その理論根拠はさまざまであるが——否定説が多数説を占めている。これに対し、日本においては、否定説側と肯定説側とが相互に批判し合いながら、理論を発展させてきたのであり、学説において否定説・肯定説のどちらかが通説であるとはいえないが、近時、新たにいくつかの肯定説が加わり、どちらかというとな肯定説の方が有力に主張されているのが現状である。

過失犯の成立要素として「意思連絡」をどのように理解するか、また、「過失の共同」をどのように理解するかに関する両国の議論の状況については、以下のとおりである。日本においては、意思連絡を要求することなく過失犯の共同正犯の成立を認める肯定説も有力であり、過失犯の共同正犯における客観的要件が重要となる。この点で、日本では「共同義務の共同違反」という客観的要件が重要視されている。韓国においても、「同質（同量）の注意義務」という客観的要件を用いて、注意義務の内容から過失犯の共同正犯の成立範囲を限定しようとする見解があり、その内容をめぐって議論がなされている。

こうした肯定説に対し、韓国の多数説である否定説は、判例が過失犯の共同正犯を認めるのは、もっぱら実務上の必要性によるものであり、刑法の補充性の原則や無罪推定原則に反するとの観点から、「罪刑法定主義を守るためには不可罰の結論を甘受すべきである」・「民事的解決にまかせるべきである」・「立法的解決をすべきである」などと批判してきた。しかし、過失犯の共同正犯は理論的に成立可能であると考えられるし、それが現行刑法上の解釈にも反しないのであれば、罪刑法定主義違反の批判は当たらない。それにもかかわらず刑事責任を問うことを放棄したり、民事による解決を模索したりすることに

は強い疑問を提起しうるのである。

韓国の判例において過失犯の共同正犯が検討された事案は、建物の建設関連現場、大規模のコンサート現場など、多くの行為者がそれぞれ異なる領域で、それぞれの注意義務に違反したというケースである。そのような事案においては、単独の注意義務違反行為によって結果が生ずることはほとんどなく、各段階の過失が複合的に影響を与え合って結果に至ることが一般的である。そのような場合において、各行為者の個々の過失行為と結果発生との直接的な因果関係を立証することは困難であるため、各行為者を「未遂」としなければならない<sup>3</sup>、したがって関与者全員について犯罪不成立としなければならないのである。このような大規模過失事故において、過失犯の共同正犯を議論する実益があるといえる。

以上のように、本論文は、過失犯の共同正犯を日韓両国における比較法的視点から考察したものである。第1編で指摘したとおり、日本刑法と韓国刑法は緊密な関係にあり、両国の比較研究は、両国の学界にとり相互に有意義なものとする。本論文を通じて、過失犯の共同正犯を素材とし、両国における大規模事故に対する対応等にみられる法文化の共通点と相違点を明らかにすることができたと考えている。ただ、本論文では、共同正犯論について十分な検討を行うことはできなかった。日韓における共同正犯論についての比較法的検討を通じて、過失犯の共同正犯に関する、より詳細かつ深い検討を行うことを今後の課題としたいと考える。

---

<sup>3</sup> 韓国刑法第19条【独立行為の競合】「同時又は異時の独立行為が競合した場合に、その結果発生の原因となった行為が判明されていないときには、各行為を未遂として処罰する。」

